جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٣٤

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۳۴

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا- و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۳۴، ص: ۱

[تتمه القسم الثالث فی الإیقاعات]

[کتاب اللعان]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللعان مصدر «لاعن» و ربما استعمل جمعا، و هو لغه الطرد و الإبعاد، و شرعا مباهله بين الزوجين على وجه مخصوص، و لعل الملاعنه هنا لإراده طرد كل منهما صاحبه و إبعاده عنه، أو تشبيها للعن كل منهما نفسه إن كان كاذبا بلعن كل منهما صاحبه.

و الأصل فيه قوله تعالى (۱) «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهادَهُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهاداتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَ الْخامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كانَ مِنَ الْكاذِبِينَ. وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهاداتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكاذِبِينَ. وَ الْخامِسَهَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْها إِنْ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ».

و السبب فيها- مضافا إلى ما يدركه العقل من المصالح في ذلك-

ما عن ابن

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ الى ۹.

عباس (۱)

من أنه لما نزلت «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ» (۲) إلى آخرها قال سعد بن معاذ: يا رسول الله إنى لأعلم أنها حق من عند الله تعالى شأنه، و لكن تعجبت أن لو وجدت لكاعا يفخذها لم يكن لى أن أهيجه و لا أحركه حتى آتى بأربعه شهداء، فو الله إنى لا آتى بهم حتى يقضى حاجته، فما لبثوا حتى جاء هلال بن أميه فقال: يا رسول الله إنى جئت أهلى عشاء فوجدت عندها رجلا يقال له: شريك بن سمحاء فرأيت بعينى و سمعت باذنى، فكره النبى صلى الله عليه و آله ذلك، فقال سعد: الان يضرب النبى هلال بن أميه، و تبطل شهادته فى المسلمين، فقال هلال: و الله إنى لأرجو أن يجعل الله لى مخرجا فبينما هم كذلك إذ نزل:

«وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ» إلى آخرها (۳) فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: «أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجا و مخرجا».

و روى أن المعرض هو عاصم بن عدى الأنصارى (۴) قال: «جعلنى الله فداك إن وجد رجل مع امرأته فأخبر جلد ثمانين جلده و ردت شهادته أبدا و فسق، و إن ضربه بالسيف قتل به، و إن سكت على غيظ إلى أن يجى ء بأربعه شهداء فقد قضيت حاجته و مضى، اللهم افتح و فرج و استقبله هلال بن أميه، فأتيا إلى النبى صلى الله عليه و آله فأخبر عاصم رسول الله صلى الله عليه و آله، فكلم خوله زوجه هلال، فقالت:

لاـ أدرى الغيره أدركته أم بخل بالطعام؟ و كان الرجل نزيلهم، فقال هلال: لقد رأيته على بطنها، فنزلت الآيه، فلاعن رسول الله صلى الله عليه و آله بينهما. و قال لها: إن

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۹۴، و تفسير الطبرى ج ۱۸ ص ۸۲، و تفسير الرازى ج ۶ ص ۳۴۲- ط عام ۱۳۰۷، و مجمع البيان ج ۴ ص ۱۲۸ ط صيدا مع الاختلاف فى الألفاظ فى الجميع.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآيه ۴.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۴- ۴ تفسير الرازى ج ۶ ص ۳۴۲ ط عام ۱۳۰۷ و مجمع البيان ج ۴ ص ۱۲۸ ط صيدا.

کنت ألممت بذنب فاعترفی به فالرجم أهون علیک من غضب الله، فان غضبه هو النار».

و روی (۱)

«إن عویمر العجلانی رمی زوجته، فقال له رسول الله صلی الله علیه و آله: البینه و إلا حد فی ظهرک، فنزلت».

و فی طرقنا (۲)

«إن عباد البصری سأل أبا عبد الله و أنا حاضر کیف یلاعن الرجل المرأه؟ فقال أبو عبد الله علیه السلام: إن رجلا من المسلمین أتی رسول الله صلی الله علیه و آله فقال: یا رسول الله أ رأیت لو أن رجلا- دخل منزله فوجد مع امرأته رجلا- یجامعها ما کان یصنع؟ قال: فأعرض عنه رسول الله صلی الله علیه و آله و انصرف الرجل، و کان ذلک الرجل هو الذی ابتلی بذلک من امرأته، قال: فنزل الوحی من عند الله تعالی بالحکم فیهما، فأرسل رسول الله صلی الله علیه و آله إلی ذلک الرجل فدعاه، فقال له: أنت الذی رأیت مع امرأتک رجلا- فقال: نعم فقال له: انطلق فأتنی بامرأتک، فإن الله أنزل الحکم فیک و فیها، فأحضرها زوجها فأوقفهما رسول الله صلی الله علیه و آله، ثم قال للزوج:

اشهد أربع شهادات بالله أنک لمن الصادقین فیما رمیتها به، قال: فشهد، ثم قال:

اتق الله فإن لعنه الله شدیده، ثم قال: اشهد الخامسه أن لعنه الله علیک إن کنت من الکاذبین، قال: فشهد، ثم أمر به فنحی، ثم قال للمرأه: اشهدی أربع شهادات بالله أن زوجک لمن الکاذبین فیما رماک به فشهدت، ثم قال لها: أمسکی، فوعظها و قال: اتقی الله فان غضب الله شدید، ثم قال: و اشهدی الخامسه أن غضب الله علیک إن کان زوجک من الصادقین فیما رماک به، فشهدت، قال: ففرق بینهما، و قال لهما: لا تجتمعان بنکاح أبدا بعد ما تلاعنتما»

إلی غیر ذلک مما ورد فیها.

و کیف کان ف النظر فی أرکانه و أحکامه،

[الأرکان الأربعه]

اشاره

و أرکانه أربعه.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۹۳ و فیه «ان هلال بن أمیه قذف امرأته».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

[الركن الأول فی السبب]

[السبب الأول القذف]

الأول فی السبب:

و هو شیئان:

الأول:

القذف کتابا (۱) و سنه (۲)

بل و إجماعا و إن حکی عن الصدوق فی الفقیه و الهدایه و ظاهر المقنع أنه قال: «لا لعان إلا بنفی الولد، و إذا قذفها و لم ینتف جلد ثمانین جلده» ل

قول الصادق علیه السلام فی خبر أبی بصیر (۳): «لا یکون اللعان إلا بنفی الولد»

لکن فی

خبر محمد بن مسلم (۴) عن أحدهما علیهما السلام «لا یکون لعان إلا بنفی ولد، و قال: إذا قذف الرجل امرأته لاعنها»

و من هنا حملهما الشیخ علی أنه لا لعان بدون دعوی المشاهده إلا بالنفی، و لا بأس به بعد معلومیه قصورهما عن المعارضه، خصوصا بعد احتمال اضافیه الحصر بالنسبه إلی مقتضی المقام، و یکون المراد أنه لا لعان بمجرد الشبهه.

و فی وافی الکاشانی فی خبر أبی بصیر «لعل المراد أنه إذا کانت المرأه حاملا فأقر الزوج بأن الولد منه و مع هذا قذفها بالزنا فلا لعان، و أما إذا لم یکن حمل و إنما قذفها بالزنا مع الدخول و المعاینه فیثبت اللعان، کما دلت علیه الأخبار، و یدل علی هذا صریحا حدیث محمد عن أحدهما علیهما السلام فإنه قد أثبت اللعان بالأمرین» و فیه أنه و غیره مضافا إلی الکتاب یدل علی إثباته بالقذف علی الإطلاق من دون إشاره إلی ما ذکره من التفصیل الذی یمکن دعوی الإجماع علی خلافه.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

و كيف كان ف لا يترتب اللعان به أى القذف إلا على رمى الزوجه المحصنه غير المشهوره بالزنا المدخول بها بالزنا قبلا بل أو دبرا عندنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، خلافا لأبى حنيفه فنفاه فيه مع دعوى المشاهده و عدم البينه.

فلو رمى الأجنبيه تعين الحد و لا لعان بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى إطلاق ما دل على الحد بالقذف كتابا (۱) و سنه (۲)

المقتصر فى تقييده باللعان على قذف الزوجه كتابا (۳) و سنه (۴)

و إجماعا بقسميه، مؤيدا ذلک بظهور الحكمه فى الفرق بين الزوج و الأجنبى الذى لا داعى له إلى القذف من غيره و نحوها.

و كذا لو قذف الزوجه و لم يدع المشاهده ل

قول الصادق عليه السلام فى الصحيح (۵)

«إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجليها رجلا يزنى بها».

و فى مرسل أبان (۶) عنه عليه السلام أيضا «لا يكون لعان حتى يزعم أن قد عاين»

و فى صحيح ابن مسلم (۷)

«سألته عن الرجل يفترى على امرأته، قال: يجلد ثم يخلى بينهما، و لا يلاعنها حتى يقول: أشهد أنى رأيتک تفعلين كذا و كذا»

و فى روايه (۸)

«إذا قال: إنه لم يره قيل له أقم البينه و إلا كان بمنزله غيره جلد الحد».

بل فى كشف اللثام لعله لا خلاف فى اشتراط مشاهده أنها تزنى، و يتفرع على ذلک سقوط اللعان بقذف الأعمى زوجته، لانتفائها فى حقه، و ينحصر لعانه حينئذ بنفى الولد، لكن أشكله فى المسالک- بعد اعترافه مكررا باشتراط الأصحاب المعاينه- بإمكان علمه بدون المشاهده، و اشتراطها لو سلم يمكن حمله على من

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب حد القذف من كتاب الحدود.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱ و غيره- من كتاب اللعان.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۴.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۳.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۲.

۸- ۸ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۵.

تمکن فی حقه، أو علی جعله کنایه عن العلم بذلک، و أنه لا یکفی الظن المستند إلی القرائن أو الشیاع منفردا- إلی أن قال-: و یؤیده عموم قوله تعالی (۱) «وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ» ثم أطنب بعد ذلک بما لا حاصل له، بل کأنه اجتهاد فی مقابله النص الذی به یقید إطلاق الأدله، لا استبعاد فی اعتبار ذلک فی خصوص اللعان الذی هو وظیفه شرعیه منافیه لإطلاق أدله القذف و إن لم نشرطه فی أصل الشهاده و اکتفینا فیها بالعلم، کما لا استبعاد فی سقوط اللعان بذلک حینئذ للأعمی بعد إطلاق أدله الاشتراط.

و لو کان له بینه علی ما قذفها به فلا لعان و لا حد کما تسمع تحقیق الحال فیه.

و کذا لو کانت المقذوفه مشهوره بالزنا لأن اللعان إنما شرع صونا لعرضها من الانتهاک، و عرض المشهوره بالزنا منتهک، لکن فی کشف اللثام «لم أر من اشترطه من الأصحاب غیر المصنف و المحقق» و ظاهره التأمل فیه، و لعله لإطلاق الأدله، و فیه أنه مبنی علی اعتبار الإحصان بمعنی العفه فی حد القذف الذی شرع لسقوطه اللعان فی الزوجین، کما تسمع تحقیقه إنشاء الله فی الحدود.

هذا و قد عرفت أنه مما یتفرع علی اشتراط المشاهده سقوط اللعان فی حق الأعمی بالقذف إذا قذفها حال عماه لتعذر المشاهده منه حینئذ و إنما یثبت فی حقه اللعان بنفی الولد و عرفت إشکال ثانی الشهیدین فیه و الجواب عنه.

و لو کان للقاذف بینه و عدل إلی اللعان قال فی الخلاف و تبعه الفاضل فی المختلف یصح (۱۱) لإطلاق النصوص (۲)

الذی لا یقیده مفهوم الحال فی

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱ و غیره- من کتاب اللعان.

الآیه (۱) الخارج مخرج الغالب، مؤیدا بما وقع من النبی صلی الله علیه و آله (۲)

من الملاعنه من دون أن یسأل عن البینه.

و منع فی المبسوط و تبعه یحیی بن سعید فی المحکی من جامعه و الفاضل فی قواعده التفاتا إلی اشتراط عدم البینه فی الآیه و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده التی منها الاقتصار فیما خالف إطلاق أدله القذف علی المتیقن، علی أن اللعان حجه ضعیفه و البینه حجه قویه، فلا یعدل إلی الضعیف مع وجود القوی، بل ظاهر النصوص (۳)

أن أصل مشروعیه اللعان لعدم تیسر البینه، و إطلاق النصوص لا وثوق به بعد أن کان محتملا لإراده ما فی الآیه خارجا مخرج الغالب، کما اعترف به الخصم فی رفع دلاله القید، و عدم سؤال النبی صلی الله علیه و آله لعله لعلمه بالحال، بل فی الخبر قرائن داله علی عدم البینه، علی أنه من قضایا الأحوال، لا من ترک الاستفصال عقیب السؤال.

و لو قذفها بزنا إضافه إلی ما قبل النکاح فقد وجب الحد، و هل له إسقاطه باللعان کما لو أطلق أو إضافه إلی زمان الزوجیه؟ قال فی الخلاف: لیس له اللعان اعتبارا بحاله الزنا الذی رماها به فی حال لم یشرع له اللعان فیه، فیبقی عموم «وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ» (۴) شاملا له سالما عن معارضه دلیل اللعان، لأنه لا یقال: قذف زوجته، کما أن من قذف مسلما بالزنا حال کفره لا یقال:

إنه قذف مسلما.

و قال فی المبسوط: له ذلک اعتبارا بحاله القذف الذی لا ریب فی صدوره منه فی حال الزوجیه و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لإطلاق أدله اللعان کتابا و سنه الذی لا یقیده سبب النزول، بل هو کذلک، سواء قلنا باعتبار بقاء مبدأ الاشتقاق فی صدق المشتق و عدمه، فإنه إنما اعتبر فیها بعد تسلیم اعتبار البقاء

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان.

۴- ۴ سوره النور: ۲۴- الآیه ۴.

کون الرمی حین الزوجیه لا الرمی بما وقع حینها، و کأن التعلیل أولا باعتبار حاله الزنا نشأ من توهم ذلک، فحکم بنفی صدق أنه قـذف زوجته، فأخرجه من آیه اللعان و أدخله فی آیه القـذف، لکنه کما تری، ضـروره صـدق رمی الزوجه و قذفها، فیدخل فی آیه اللعان حینئذ.

و لاـ یجوز للزوج فضـلا عن الأـجنبی عنـدنا قـذفها مع الشـبهه و لا مع غلبه الظن أو أخبره الثقه أو شاع إن فلانا زنی بها و لا غیر ذلک من صفات الولد و نحوه، لأن عرض المؤمن کدمه، بل فی کشف اللثام فی

حسن الحلبی (۱) عن الصادق علیه السلام «أنه نهی عن قذف من کان علی غیر الإسلام إلا أن یکون اطلعت علی ذلک منه»

و فی الصحیح عن عبد الله بن سنان (۲)

«أنه نهی عن قذف من لیس علی الإسلام إلا أن یطلع علی ذلک منهم، و قال: أیسر ما یکون أن یکون قد کذب»

إلا أنهما کما تری ظاهران فی جواز قـذف غیر المسـلم مع الصدق، و ربما یؤیده ما وقع من الأئمه علیهم السـلام فی قذف بعض الناس (۳)

خصوصا فی مشاجره الحسن علیه السلام مع معاویه لعنه الله و أصحابه بناء علی أنهم غیر مسلمین أو بحکم غیر المسلمین.

و علی کل حال فلا یجوز قذف الزوجه بالأمور المزبوره خلافا لبعض العامه، فجوز للزوج قذفها للأجنبی بجمیع ذلک، لکنه کما تری، بـل لا یجوز قـذفها للأجنبی مع الیقین إذا لم تکن بینه، نعم جاز له ذلک للزوج خاصه و شـرع له الشارع التخلص عن الحد باللعـان، و لا یجب علیه مع عـدم الولـد، للأصل، بل لعل الستر علیها و مفارقتها بغیر اللعان أولی، بل لا یحرم علیه إمساکها أیضا، للأصل و

للمرسل (۴)

«إن رجلا أتی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فقال له: إن له

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب حد القذف الحدیث ۲ من کتاب الحدود.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب حد القذف الحدیث ۱ من کتاب الحدود.

۳- ۳ البحار ج ۴۴ ص ۸۰ و ۸۲ و ۸۳.

۴- ۴ المستدرک الباب- ۱۲- من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۲ و ۷.

امرأه لا ترد يد لامس فقال صلى الله عليه و آله: طلقها، قال: إنى أحبها، قال: فأمسكها».

نعم إذا كـان هناك ولـد يتيقن أنه ليس منه يجب عليه نفيه منه، لأن ترك النفى يتضـمن الاسـتلحاق، و لا يجوز له اسـتلحاق من ليس منه، كما لا يجوز نفى من هو منه،

و فى النبوى (۱)

«أيما امرأه أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شى ء»

و من المعلوم أن الرجل بمعناها.

و إذا قـذف فى العده الرجعيه إضافه إلى زمان الزوجيه أو زمان العده كان له اللعان كما له الإيلاء و الظهار، لأنها بحكم الزوجه، بل لا يتوقف على رجوعه، بل يصـح فى الحال، و يترتب عليه أحكامه بخلافهما، لأن مدار اللعان على الفراش و لحوق النسب، و الرجعيه فى ذلك كالمنكوحه و فى التأخير خطر بالموت.

نعم ليس له ذلك فى البائن و لا فى الرجعيه بعـد العده بل يثبت بالقذف الحد و لو أضافه إلى زمان الزوجيه لأنها أجنبيه حينئذ و قـد عرفت أن العبره بزمـان القـذف، خلافـا لبعض العـامه، فـأثبته مع الإضافه إلى زمانها، أما نفى الولـد فله اللعان له و لو فى حال الطلاق البائن، كما ستعرف. و لو قذف ثم أبانها كان له اللعان، لصدق رمى الزوجه.

و لو قـالت: «رميتنى قبل أن تتزوجنى فعليك الحـد» فقال: «بل بعـده فلى اللعان» أو قالت: «قـذفتنى بعـد أن بنت منک» فقال: «بل قبله» فالقول قوله، لأن القذف فعله، و لأن القول قوله فى أصله فكذا فى وقته، مضافا إلى درء الحد بالشبهه، نعم لو قالت الأجنبيه: «قذفتنى» فقال: «كانت زوجتى» فأنكرت الزوجيه أصلا قدم قولها، للأصل.

و لو قـذفها بالسـحق لم يثبت اللعـان بلاـ خلاف و لا إشـكال، لظهور أدلته فى كونه بالزنا و نفى الولـد و حينئـذ فلا لعان فيه و لو ادعى المشاهده و لكن

۱- ۱ المستدرک الباب- ۹- من كتاب اللعان الحديث ۵ و سنن البيهقى ج ۷ ص ۴۰۳.

يثبت الحد به فى أحد القولين، لأنه قذف بفاحشه، و قد يشكل بأن دليل القذف ظاهر فى الزنا و اللواط أيضا، و الأصل البراءه، فهو حينئذ كالقذف بإتيان البهائم إنما فيه التعزير، و من هنا كان المحكى عن أبى الصلاح و الفاضل فى المختلف التعزير خاصه، بل لعله مقتضى حصر المصنف موجب الحد به فى الحدود بالرمى بالزنا و اللواط، كما ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله.

و لو قذف زوجته المجنونه فى حال إفاقتها ثبت الحد لإطلاق الأدله و لكن لا يقام عليه إلا بعد المطالبه منها فى حال صحتها فإن أفاقت و طالبت به صح اللعان منه لإسقاطه و ليس لوليها المطالبه بالحد ما دامت حيه لأن طريق إسقاطه من جانب الزوج بالملاعنه التى لا تصح من الولى، نعم لو كانت مجنونه و لم تستوف الحد كان لوارثها المطالبه به، لأنه من حقوق الآدميين، كذا ذكروا ذلك، و هو إن كان إجماعا فذاك و إلا أشكل ذلك بعموم ولايه الولى، و بأنه لا دليل على اعتبار الملاعنه، بل مقتضى الآيه (۱) أنه لا مدخليه للعان الرجل فى نفى حد القذف عنه بلعان المرأه الذى هو لسقوط العذاب عنها، و حينئذ يتجه اللعان منه لإسقاط الحد عنه و إن تعذر اللعان منها بجنون أو موت أو نحو ذلك، فتأمل جيدا، فانى لم أجده محررا و إن ترتب عليه أحكام كثيره.

و لو أضافه إلى حال جنونها فلا حد لعدم القذف بالزنا المحرم، و كذا لو كانت المقذوفه عاقله حال القذف و لكن أضافه إلى حال جنونها و كان لها حاله جنون معلومه، بل فى المسالک أو محتمله، إلا أنه يعزر للإيذاء، أما إذا علم استقامه عقلها و ليس لها حاله جنون فعن ظاهر الأكثر ثبوت الحد، لإطلاق الأدله.

لكن فى المسالک تبعا للفاضل فى القواعد «يحتمل العدم، لأنه نسبها إلى الزنا فى تلک الحال، و إذا علم انتفاؤها لم تكن زانيه، فيكون ما أتى به لغوا من

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ و ۷.

الکلام و محالا، فأشبه ما إذا قال: زنیت و أنت رتقاء» و فیه أن العلم بالانتفاء لا یقتضی انتفاء ما رماها به من الزنا، بل أقصاه الکذب فی وصفها بالحال المزبور، و لعل من ذلک ما لو قال: «زنیت و أنت مشرکه» و لم یعهد منها حاله إشراک، و حینئذ فلو قالت: «ما کنت مشرکه و لا مجنونه» کان القول قولها، لأصاله الإسلام و العقل، و یحتمل قوله، لأصل البراءه، و الله العالم.

و کذا لیس للمولی مطالبه زوج أمته و لا الأجنبی بالتعزیر فی قذفها ما دامت حیه، لأن الحق لها، و للزوج طریق لإسقاطه باللعان الذی لا یحصل من الولی فإن ماتت قال الشیخ: له المطالبه، و هو حسن و إن کان المملوک لا یورث، لکن ذلک مبنی علی عدم ملکه، أما ما کان له فأدله الإرث تشمله، علی أن من المعلوم أحقیه السید بذلک بعد استصحاب عدم سقوطه.

و لو نسبها إلی زنا مستکرهه علیه أو مشتبه علیها أو نائمه فلیس قذفا و إن استشکل فیه الفاضل فی القواعد لأنه إنما نسبها لأمر لا لوم علیه و لا إثم فیه، بل لیس زنا فی عرف الشرع، بل عن الشیخ التردد فی أصل التعزیر و إن کان الأظهر ذلک، للعار و الإیذاء. و علی کل حال فلا لعان إلا لنفی الولد، بل جزم به الفاضل و إن استشکل فی کونه قذفا، و لعله مما قیل من کون اللعان علی خلاف الأصل، و المتبادر من الرمی بالزنا الرمی بما لم یکن عن إکراه، فیقتصر علیه، و لأنه الذی یوجب الانتقام منها، و إن کان هو کما تری.

و لو قذف نسوه بلفظ واحد تعدد اللعان، لأنه یمین و الیمین لا تتداخل فی حق الجماعه و لو مع رضاهن بلا خلاف، فان تراضین بمن یبدأ بلعانها و إلا أقرع أو بدأ الحاکم بمن شاء.

[السبب الثانی إنکار الولد]

السبب الثانی:

إنکار الولد بلا خلاف أجده فیه نصا (۱)

و فتوی، بل قد عرفت حصر اللعان به فی النصوص (۲)

السابقه و لکن لا یثبت اللعان بإنکار الولد حتی تضعه تاما لسته أشهر فصاعدا من حین احتمال وطئها ما لم یتجاوز حملها أقصی مده الحمل و تکون مع ذلک موطوءه بالعقد الدائم، و حینئذ ف لو علم أنه ولدته تاما لأقل من سته أشهر لم یلحق به قطعا و انتفی بغیر لعان نعم لو ولدته ناقصا اعتبر إمکان لحوقه به عاده، و یختلف ذلک باختلاف حالاته.

و تظهر الفائده فی انقضاء عدتها بوضعه لو کان قد طلقها ثم أتت به فی العده و لم یلاعن فیها، فإنه یثبت نسبه مع إمکانه، و تبین بوضعه، و قد تقدم فی الطلاق ما یدل علی معرفه وقت الإمکان، و لعله لذا قید المصنف و غیره بالتمام، فإنه الذی یعلم نفیه عنه، و کذا لو علم أنه قد جاءت به بعد مضی أقصی الحمل من الوطء المحتمل لذی الفراش و کان المصنف ترک التصریح به اتکالا- علی ما ذکره أولا- و علی ذکر الأقل، ضروره معلومیه کونه لغیره شرعا فیهما معا، فلا یحتاج نفیه إلی لعان، بل لو أرید إلحاقه به لم یتمکن من ذلک مع فرض العلم بعدم مقاربته لها قبل النکاح شبهه، و قد أطنب فی المسالک فی الفرق بین صوره الوضع للأقل و الأقصی، بل ادعی أن فی عبارات الأصحاب قصورا فی تأدیه الحکم المزبور، لکنه عند التأمل لا حاصل له، و لا قصور فی عبارات الأصحاب بعد معلومیه کون المراد لهم أنه علم وضعها للولد للأقل أو بعد الأقصی، کما هو واضح.

و علی کل حال فلو تزوج الشرقی بغربیه و أتت بولد لسته أشهر من العقد لم یلحق به، لعدم الإمکان عاده، و لا لعان لنفیه، خلافا لبعض العامه حیث اکتفی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللعان.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللعان.

فی الإلحاق بالعقد و قدرته علی الوطء و إن لم یکن عاده، و فرع علیه مسائل (منها) هذه المسأله، و (منها) أنه إذ تزوج بامرأه بحضره القاضی و طلقها فی الحال ثم أتت بولد لسته أشهر من العقد لحق به، و لم ینتف إلا باللعان، و (منها) أنه إذا غاب عنها زوجها و انقطع خبره، فقیل لها: إنه مات فاعتدت ثم تزوجت فأولدها الزوج الثانی أولادا ثم عاد الأول، فالأولاد لاحقون به، و لا شی ء للثانی، بل عن بعض العامه الذین وافقونا فی اعتبار إمکان الوطء أنه قال: «إذا مضی زمان یمکن فیه قطع ما بین الزوجین من المسافه ثم مضی أقل زمان الحمل فإنه یلحق به و إن علم أن أحدا من الزوجین لم یبرح إلی الآخر».

و لا یخفی علیک وضوح فساد ذلک کله، بل منه فشا الزنا فی نسائهم و لحوق أولاد غیر الأزواج بهم، و ازدادت ولادتهم خبثا إلی خبث.

و کیف کان فقد ظهر لک أن موضوع اللعان إمکان لحوق الولد به فی الظاهر لولا اللعان و إن علم هو انتفاءه عنه، و إلا فمع فرض الإمکان عنده و لو بعد لا یجوز له نفیه، لأن الولد للفراش شرعا مع إمکانه، و فی

النبوی (۱)

«أیما رجل جحد ولده و هو ینظر إلیه احتجب الله منه، و فضحه علی رؤوس الخلائق»

نعم یجب علیه نفیه مع علمه بعدم تکونه منه و لو باللعان إذا کان الظاهر لحوقه به، هذا کله مع العلم بالحال.

أما لو اختلفا بعد الدخول فی زمان الحمل تلاعنا إذا کان مقتضی قول الزوج نفی الولد لوضعها له تاما دون السته أشهر علی دعواه أو بعد أقصی الحمل لاشتباه حال الصادق منهما، فکان الانتساب إلیه ممکنا، و قد ولد علی فراشه، فلا ینتفی إلا باللعان، و أصاله تأخر الحادث و نحوها لا تنقح خروجه عن الولاده علی الفراش، و من هنا أثبت من تعرض لذلک اللعان فی الفرض، و لم یلحظ شیئا مما تقتضیه الأصول فی هذه الدعوی.

۱- ۱ المستدرک الباب- ۹- من کتاب اللعان الحدیث ۵ و سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۰۳.

و مما تقـدم ظهر لک أنه لا یلحق الولد ظاهرا حتی یکون الوطء الذی یحصل التولد منه ممکنا فی العاده و الزوج قادرا علیه فیها فلو دخل الصبی لـدون تسع فولـدت لم یلحق به لعدم وقوع مثله فی العاده، کالموضوع تاما لدون السـته أشـهر و إن کانا داخلین تحت قدره الله تعالی شأنه نعم لو کان له عشـر سنین کامله لحق به الولد لإمکان البلوغ فی حقه و لو نادرا، بل ربما قیل بالاکتفاء بالطعن فیها و لو ساعه واحده، بل فی کشف اللثام نسبته إلی ظاهر المتن و المبسوط و التحریر و إن کان هو کما تری.

و (۱۱) علی کـل حـال ف لو أنکر الولـد لم یلاـعن إذ لاـ حکم للعانه (۱۲) لأـن الفرض کونه صبیـا غیر بالغ، و إلحاق الولـد به لاحتمـال بلوغه لا یقتضـی ثبوت بلوغه، نعم لو قال: أنا بالغ بالاحتلام فله اللعان بناء علی أن ذلک مما یرجع فیه إلیه، لأنه لا یعلم إلا من قبله، و الفرض إمکان الزمان، أما مع عدم قوله فالأصل عدم بلوغه و إن حکمنا ظاهرا بلحوق الولد به للاحتمال.

و لا اسـتبعاد فی الحکم بلحوق الولد به دون الحکم بالبلوغ و إن کان اللعان إنما هو لنفی هذا الولد، و إذا لم یکن بالغا لم یحتج إلی اللعـان فی نفیه و إلاـ صـح، لأـن لزوم البلـوغ لتکون الولـد منه فی الواقع لاـ یقتضـی الحکم به، کمـا أن کون اللعـان لنفیه لا یقتضی التساوی بینه و بین إلحاق الولد، لأن اللعان مشروط بالبلوغ اتفاقا و إلحاق الولد یکفی فیه أدنی إمکان البلوغ، فیعطی کل منهمـا حکمه فی الحکم الظـاهری و إن تنافیـا فی اللوازم التی هی للواقع دون الحکم فی الظـاهر الـذی هو لیس إثبات الموضوع واقعـا علی وجه یتحقق لاـزمه معه، و مثل هـذا کثیر فی الفقه، خصوصا فی العمل بالأصول، و بالاحتیاط الـذی منه ما سـمعته فی زوجه المفقود التی یطلقها الحاکم بعد طلبه لاحتمال حیاته و تعتد عده الوفاه لاحتمال موته.

و (۱۳) حینئذ یؤخر اللعان حتی یبلغ و یرشد (۱۴) بأن یوثق بعقله و تمییزه

كما ستعرف من اشتراطهما فى الملاعن.

و لو مات قبل البلوغ أو بعده و لم ينكره الحق به و ورثته الزوجه و الولد و لا عبره بالإنكار المتقدم قبل البلوغ، و لو أنكره بعد البلوغ لم ينتف عنه إلا باللعان كغيره ممن حكم بلحوقه لولا اللعان، كما هو واضح.

و لو وطأ الزوج دبرا فحملت الحق به بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى كشف اللثام، بل فى المسالك ظاهرهم الاتفاق على ذلك، و لعله لإمكان استرسال المنى فى الفرج من غير شعور به و إن كان الوطء فى غيره بل عن بعضهم التصريح بأنه كذلك و إن عزل كما لو وطأ فى الفرج، خلافا لبعض فاشترط عدم العزل، لكون العلوق مع ذلك فى غايه البعد، لأن الذى يحتمل معه سبقه من المنى فى غايه القله، و فيه أن الإمكان حاصل و إن كان مع العزل أبعد، و تعليل المصنف و غيره بذلك لا يقتضى اعتبار عدم العزل، لما عرفت من أن الإمكان المزبور حاصل على التقديرين، فلا فرق حينئذ بين الوطء فى الفرج أو فى الدبر مع العزل و بدونه فى الحكم باللحوق مع احتمال سبق المنى من غير شعور. و بذلك يظهر لك النظر فيما أطنب به فى المسالك، فلاحظ و تأمل.

و لا يلحق ولد الخصى الذى لا ينزل فى الظاهر المجبوب الذى قطع ذكره و أنثياه، للعاده فى عدم التولد من مثله لعدم الإيلاج و الانزال، لكن على تردد من ذلك و من عدم العلم لنا بما يكون التكون منه فى الواقع، فيمكن حصوله من المساحقه، و لا عاده مستقره فى ذلك، فإنه لو فرض خصى مجبوب كانت له زوجه فساحقها فحملت لا يمكن القطع عاده بكونه من غيره، لعدم انكشاف أمر التكون لنا.

و من هنا قال المصنف و غيره: إنه يلحق ولد الخصى الذى هو يلج و لا ينزل أو المجبوب الذى قطع ذكره و أنثياه و لكن ينزل بهما و لا ينتفى ولد أحدهما إلا باللعان تنزيلا على الاحتمال و إن بعد (۱۱) إذ لا يخفى عليك

حصول الاحتمال أيضا فی الخصی المجبوب و إن كان هو أبعد من كل واحد منهما، بل لعل التأمل فی ذلك و غيره يقتضی الاكتفاء بالاحتمال و إن لم يتحقق الإمكان، فهو أزيد من قاعده ما أمكن فی الحيض، بناء علی اعتبار تحقق الإمكان فيها، و لعله لظاهر

قوله صلی الله عليه و آله (۱): «الولد للفراش»

الشامل للمفروض و غيره، بل قد سمعت توسع العامه فيه، فألحقوا به الولد و إن علم عدم مباشره منه للزوجه اتكالا علی قدرته تعالی شأنه، و إن كان هو واضح الفساد، ضروره ظهوره فی كونه له مع احتمال أنه منه و إن كان بعيدا.

و إذا كان الزوج حاضرا وقت الولاده و لم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار فعن المبسوط بل المشهور كما فی المسالك أنه لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلا أن يؤخر بما جرت العاده به كالسعی إلی الحاكم لأن الحق له علی الفور، إذ هو كخيار الرد بالعيب و الغبن مثلا فی الثبوت لدفع الضرر المقتصر فيه علی مقدار ما يرتفع به الضرر و هو الفور، مؤيدا ذلك بأن الولد إذا كان منفيا عنه وجب الفور بإظهار نفيه حذرا من لحوق من ليس منه به، و عوارض التأخير من الموت فجأه و نحوه كثيره، فتختلط الأنساب، و بأنه لولا اعتبار الفور لأدی إلی عدم استقرار الأنساب، و ذلك ضرر يجب التحرز عنه.

و الجميع كما تری، ضروره عدم صلاحيه شی ء من ذلك لتقييد إطلاق ما دل (۲)

علی ثبوت حق النفی له المستصحب ذلك له مع التراخی، و الرد بالعيب و الغبن مع تسليم الفوريه فيه إنما هو لقاعده الاقتصار علی المتيقن فی تخصيص اللزوم المستفاد من «أَوْفُوا» (۳) و نحوه مما لا يجری فی المقام، مؤيدا ذلك بأن أمر النسب خطير، و قد ورد النهی (۴)

عن استلحاق من ليس منه، و ربما احتاج

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب اللعان الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب اللعان.

۳- ۳ سوره المائده: ۵- الآيه ۱.

۴- ۴ سنن البيهقی ج ۷ ص ۴۰۳ و كنز العمال ج ۳ ص ۲۲۵ و ۲۲۶.

ذلك إلى نظر و مهله.

نعم لو أقر بالولد لزمه الولد للنصوص (۱)

و لقاعده إقرار العقلاء، بل لم ينتف عنه بعد بنفيه بلا خلاف أجده فيه، بل فى القواعد الإجماع عليه، لعدم سماع الإنكار بعد الإقرار حتى لو لاعن، لما سمعت من النصوص (۲)

و قاعده إقرار العقلاء التى لا يعارضها دليل اللعان الوارد على قاعده الفراش، نعم إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشه- فيما لو علم أن منشأ إقراره الأخذ بظاهر قاعده الفراش- بأنه لا يزيد حينئذ حكم قاعده الإقرار على قاعده الفراش التى ثبت اللعان لنفى مقتضاها، فتأمل جيدا.

و لعله لذلك كله و غيره قال المصنف و لو قيل له إنكاره ما لم يعترف به كان حسنا و تبعه عليه الفاضل، بل ينبغى الجزم بذلك فى نحو مفروض المسأله الذى يمكن عدم منافاه الفوريه فيه بفرض عدم حصول ما يقتضى نفيه له حال الولاده، إذ المراد بالفور عند من اعتبره هو سقوط حقه مع التراخى إذا كان سبب النفى حاصلا له و مع ذلك تراخى فى نفيه.

على أنه لم يظهر لنا مراد القائل بالفوريه هل هو وجوب إنشاء النفى عند حصول مقتضيه له أو وجوب إظهاره عند الحاكم؟ و إن كان ظاهر ما ذكروه من الفروع الثانى، لكن هو كما ترى.

بل ملاحظه ما ذكره فى المسالك و غيره منها يقتضى كونها من فروع العامه المبتنيه على القياس و الاستحسان، قال فيها: «و إن كان معذورا بأن لم يجد الحاكم، أو تعذر الوصول إليه، أو بلغه الخبر ليلا فأخر حتى يصبح، أو حضرته الصلاه فقدمها، أو أحرز مالا له أولا أو كان جائعا أو عاريا فأكل أو لبس أولا أو كان مريضا أو محبوسا أو ممرضا لم يبطل حقه، و هل يجب عليه الاشهاد على النفى؟ وجهان، و قد سبق له نظائر كثيره، و لو أمكن المريض أو الممرض أن يرسل إلى الحاكم و يعلمه بالحال أو يستدعى منه أن يبعث إليه نائبا من عنده فلم يفعل بطل حقه، لأن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ميراث ولد الملاعنه من كتاب المواريث.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ميراث ولد الملاعنه من كتاب المواريث.

مثل هذا متيسر له، و مثله ملازمه غريمه و من يلازمه غريمه، و أما الغائب فإن كان فى الموضع الذى غاب إليه قاض و نفى الولد عند وصول خبره إليه عنده فذاك، و إن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده ففى جوازه وجهان، من منافاه الفوريه اختيارا، و من أن للتأخير غرضا ظاهرا، و هو الانتقام منها باشتهار خبرها فى بلدها و قومها، و حينئذ فان لم يمكنه المسير فى الحال لخوف الطريق و نحوه فينبغى له أن يشهد، و إن أمكن فليأخذ فى السير، فإن أخر بطل حقه، و إن لم يكن هناك قاض فالحكم كما لو كان و أراد التأخير إلى بلده و جوزناه» إذ ذلک كله كما ترى لا يوافق أصولنا خصوصا بعد أن لم يكن فى شى ء مما وصل إلينا من الأدله جعل العذر و الغرض عنوانا للحكم حتى يرجع إلى مصداقهما عرفا.

و كيف كان ف لو أمسک عن نفى الحمل حتى وضعت جاز له نفيه بعد الوضع على القولين، لاحتمال أن يكون التوقف لتردده بين أن يكون حملا- أو ريحا فلا- يكون سكوته منافيا للفور، و لو قال: عرفت أنه حمل (ولد خ ل) و لكن أخرت طمعا فى أن تجهض فلا احتاج إلى كشف الأمر و رفع الستر ففى المسالک «فيه وجهان: أحدهما أنه يبطل حقه، لتأخير النفى مع القدره عليه و معرفه الولد، فصار كما لو سكت عن نفيه بعد انفصاله طمعا أن يموت، و الثانى أن له النفى، لأن مثل هذا عذر واضح فى العرف، و لأن الحمل لا يتيقن صرفا، فلا أثر لقوله: عرفت أنه ولد» بل فيها «أن هذا لا يخلو من قوه» مع أنه كما ترى.

ثم قال: «و من الأعذار ما لو أخر و قال: إنى لم أعلم أنها ولدت و كان غائبا أو حاضرا بحيث يمكن ذلک فى حقه، و يختلف ذلک بكونه فى محله أخرى أو فى محلتها أو فى دارها أو فى دارين، و لو قال: أخبرت بالولاده و لكن لم اصدق الخبر نظر، إن أخبره فاسق أو صبى صدق بيمينه و عذر، و إن أخبره عدلان لم يعذر، لأنهما مصدقان شرعا، و إن أخبره عدل حر أو عبد ذكر أو أنثى ففيه

وجهان: أحدهما أنه يصدق و يعذر، و لأنه أخبره (۱) من لا يثبت بشهادته الحق، و الثانی أنه لا يصدق و يسقط حقه، لأن روايته مقبوله، و هذا سبيله سبيل الاخبار، و لو قال: عرفت الولاده و لم أكن أعلم أن لی حق النفی فإن كان ممن لا يخفی عليه ذلک عاده لم يقبل، و إن أمكن بأن كان حديث العهد بالإسلام أو ناشئا فی باديه بعيده عن أهل الشرع قبل، و إن كان من العوام الناشئين فی بلاد الإسلام فوجهان:

أجودهما القبول بيمينه مع إمكان صدقه» و لكن لا يخفی عليک ما فی الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و لو أقر بالولد صريحا أو فحوی لم يكن له إنكاره بعد ذلک لما عرفت من قاعده عدم سماع الإنكار بعد الإقرار الصادق عرفا علی الصريح و غيره مثل أن يبشر به فيجيب بما يقتضی الرضا، كأن يقال: بارک الله لک فی مولودک فيقول: آمين أو إنشاء الله تعالی، أما لو أجاب بما لا يتضمن الإقرار بأن قال مجيبا: بارک الله لک أو أحسن الله إليک أو رزقک مثله لم يكن إقرارا و لم يبطل حقه من النفی، خلافا لبعض العامه، فجعله إقرارا، و ضعفه واضح.

و إذا طلق الرجل و أنكر الدخول فادعته و ادعت أنها حامل منه ف عن الشيخ فی النهايه إن أقامت بينه أنه أرخی سترا عليها لاعنها و حرمت عليه، و عليه المهر كملا و إن لم تقم بينه كان عليه نصف المهر و لا لعان، و عليها مأه سوط ل

صحيح علی بن جعفر (۲)

«سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل، قال: إن أقامت البينه علی أنه أرخی سترا ثم أنكر الولد لاعنها، ثم بانت منه، و عليه المهر كملا»

مؤيدا بالظاهر.

لكنه كما تری لا دلاله فيه علی ذكر المأه سوط، بل لا وجه له، ضروره عدم ثبوت حد عليها، فإن إنكار الولد منه و إن انتفی عنه بدون لعان لا يقتضی زناها و اعترافها بالوطء و الحمل منه الذی كان القول قوله فی نفيهما للأصل لا يوجب حدا

۱- ۱ فی المسالک «أحدهما أنه يصدق و يعذر لأنه أخبره» بدون «و».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب اللعان الحديث ۱.

علیها، لأنه أعم، و لا یلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل انتفاء غیره من الأسباب و إن لم تدعه لا أقل من أن یکون دعواها ذلک یوجب شبهه یسقط بمثلها الحد، و عدم ثبوت دعواها شرعا لا یحقق وصف الزنا قطعا، إلا أن ذلک لا یقتضی سقوط الخبر المزبور الدال بمنطوقه و مفهومه علی الأحکام المزبوره التی یدل علی بعضها الأصل، نعم هو من جمله نصوص الخلوه (۱)

المقتضیه للحکم بالدخول بالنسبه إلی تمام المهر و الملاعنه، و قد عرفت البحث فی ذلک مفصلا فی کتاب النکاح و أنه لا یقتضی الحکم بالدخول بالنسبه إلی تمام المهر، فضلا عن غیره من الأحکام المترتبه علی الدخول.

و من هنا قیل و القائل ابن إدریس، لا یثبت اللعان ما لم یثبت الدخول بالبینه أو الإقرار و هو الوطء، و لا یکفی فی إثباته إرخاء الستر حینئذ و لا یتوجه علیه الحد لأنه لم یقذف فإن إنکار الولد أعم من ذلک و لا أنکر ولدا یلزمه الإقرار به حتی یصح اللعان منه، و وجهه فی المسالک بعدم ثبوت الوطء الذی به یتحقق الفراش المقتضی للحوق الولد به.

و لعل هذا أشبه بأصول المذهب و قواعده التی منها أصاله عدم الدخول بناء علی کونه شرطا فی اللعان التی لا یعارضها نصوص الخلوه (۲)

کما سمعت الکلام فیه مفصلا فی کتابه.

نعم قد یقال- إن لم یکن إجماع علی خلافه-: بلحوق الولد به لاحتمال الوطء بناء علی أنه یکفی فی الفراش فی الزوجه تحقق الزوجیه و احتمال الوطء و لکن لا یشرع اللعان فی نفیه بناء علی اعتبار تحقیق الدخول فیه، و لا تنافی بین الحکمین بعد اقتضاء دلیلهما ذلک، و دعوی أن لحوق الولد به یتوقف أیضا علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحدیث ۳ و ۴ من کتاب النکاح.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب المهور من کتاب النکاح.

تحقق الـدخول كاللعـان يمكن منعها، و قـد تقـدم بعض الكلام فى ذلك. بل أطنب فى المسالك عنـد البحث على تحقق فراش الأمه بالأمه فى بيان تحقق فراش الزوجه الـدائمه بالعقـد و إمكان وصوله إليها و أنه يلحق به الولد بذلك، فلاحظ و تأمل، فإنه لا يخلو من منافاه لما هنا، و الله العالم.

و لو جمع بين سببى اللعان بأن قذف امرأته و نفى الولد و أقام بينه على ما قذفها به سقط الحد عنه بلا خلاف و لا إشكال و لكن لم ينتف الولد عنه إلا باللعان الذى شرعه الشارع لنفى الولد الذى لولاه لا لتحقق به ب

قوله صلى الله عليه و آله (۱): «الولد للفراش».

و كـذا لو طلقها بائنا فأتت بولـد يلحق به فى الظاهر كما لو وضـعته تاما بعـد سته أشـهر فصاعـدا من حين وطئه لم ينتف عنه إلا باللعان.

بل و كذا لو تزوجت فأتت بولد لدون سته أشهر من دخول الثانى (۱۱) ليعلم نفيه عنه و لتسعه أشهر فما دون من فراق الأول لم ينتف عنه إلا باللعان (۱۲) لقاعده «الولد للفراش» التى لا يعارضها هنا فراش الثانى بعد العلم بانتفائه عنه، كما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب اللعان الحديث ۳.

[الركن الثانى فى الملاعن]

الركن الثانى فى الملاعن:

و لا- خلاف فى أنه يعتبر فيه أن يكون بالغا عاقلا بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى معلوميه سلب عباره غيرهما فيما يشمل المقام الذى هو إما شهاده أو يمين، و كل منهما ليسا من أهله، بل لا يترتب على قذفهما حد كى يراد إسقاطه باللعان و إن عزر المميز على قذفه تأديبا له، بل لعل المنساق من آيه اللعان (۱)- التى هى الأصل فى إثبات شرعيته- غيرهما، و هو واضح. و فى لعان جنس الكافر روايتان أشهرهما أنه يصح و إن كنا لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على شى ء من ذلك إلا فى الملاعنه (۲) التى ستسمع الحال فيها، و لعله المراد للمصنف بناء على اتحاد الحكم فيهما، فإنه لا قائل بالفصل بينهما، على أن مبنى المنع فى الكافر هو كون اللعان شهاده بقرينه قوله تعالى (۳) «فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ» خصوصا بعد قوله تعالى «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ» المعلوم إراده الشهاده منه، و هى لا تقبل من الكافر، و هذا أمر شامل للملاعن و الملاعنه و إن كان هو واضح الفساد، ضروره صحته من الفاسق و إن لم تقبل شهادته إجماعا على أن قوله تعالى (۴) «شَهاداتٍ بِاللَّهِ» كالصريح فى إراده اليمين منه، بل

فى الخبر (۵)

«مكان كل شاهد يمين»

و قوله تعالى (۶) «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ»

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ الى ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۴- ۴ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۶.

۶- ۶ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

و إن كان المراد منه الشهاده قطعا، إلا أنه لا يقتضى كون المراد منها ذلك فى قوله تعالى (۱) «فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ» بل معناه أنه إذا لم يكن بينه فيمين، كما هو واضح.

على أن المحكى عنه اعتبار الإسلام هنا الإسكافى مطلقا و الحلى إذا كان اللعان للقذف، و لا ريب فى عدم تماميه الدليل المزبور فى الثانى منهما، بل لعله مناف له فى الجمله، كل ذلك مضافا إلى قاعده اتحاده مع المسلم فى الفروع و إلى ما سمعته من النصوص (۲)

الداله على ملاعنه اليهوديه و النصرانيه المتممه بعدم القول بالفصل، و هى و إن كان فى مقابلها نصوص (۳)

داله على عدم الجواز فيها لكنها قاصره من وجوه كما ستسمع ذلك إنشاء الله.

و على كل حال يتصور لعان الكافر فيما إذا كان الزوجان ذميين و ترافعا إلينا، بل يمكن فرض الزوجه مسلمه و الزوج كافرا فيما إذا أسلمت و أتت بولد يلحقه شرعا فأنكره، و الله العالم.

و كذا الكلام (القول خ ل) فى لعان المملوك فان المشهور جوازه، بل نفى الخلاف عنه فى المسالك، لإطلاق الأدله و خصوص الصحاح

فى أحدها (۴)

«عن عبد قذف امرأته قال: يتلاعنان كما يتلاعن الأحرار»

و فى حسن جميل بن دراج (۵) سأل الصادق عليه السلام «عن الحر بينه و بين المملوكه لعان؟ فقال: نعم و بين المملوك و الحره، و بين العبد و الأمه، و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه»

و نحوهما الثالث (۶).

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۲ و ۶ و المستدرك الباب- ۵- منه الحديث ۱ و ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۴ و ۱۱ و ۱۲ و ۱۳ و ۱۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۳.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱.

خلافا للمحكى عن المفيد و الديلمى فاشترطا الحريه مطلقا و الحلى فاشترطها فى اللعان للقذف، و لم نجد لهم دليلا هنا سوى ما تقدم، و قد عرفت الحال فيه، مضافا إلى صريح المعتبره التى لا معارض لها سوى

خبر السكونى (۱) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس من النساء و بين أزواجهن ملاعنه:

اليهوديه تكون تحت المسلم فيقذفها، و النصرانيه و الأمه تكون تحت الحر فيقذفها، و الحره تكون تحت العبد فيقذفها، و المجلود فى الفريه، لأن الله تعالى يقول (۲) وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً، و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان، إنما اللعان فى اللسان»

و نحوه فى الخصال عن سليمان بن جعفر البصرى (۳) عن جعفر عن أبيه عن جده عن على عليهم السلام.

و لكنهما ضعيفان موافقان للعامه،

كالمرسل عن بعض الكتب (۴) عن على عليه السلام أيضا «الخرساء و الأخرس، ليس بينهما لعان، لأن اللعان لا يكون إلا باللسان»

فلا ريب فى عدم الاشتراط، و الله العالم.

و يصح لعان الأخرس إذا كان له إشاره معقوله يفهم منها القذف و معانى الشهادات الخمس بلا خلاف أجده فيه، بل عن الشيخ إجماع الفرقه و أخبارهم، لعموم ما دل (۵)

على قيام إشارته مقام اللفظ فى جميع ما اعتبر فيه ذلك من عباده كتكبيره الإحرام و غيرها و عقد و إيقاع، فيصح الفرض فيه حينئذ كما يصح

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱۲.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآيه ۴.

۳- ۳ أشار إليه فى الوسائل الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱۲ و ذكره فى البحار ج ۱۰۴ ص ۱۷۶.

۴- ۴ المستدرك الباب- ۸- من كتاب اللعان الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵۹- من أبواب القراءه فى الصلاه الحديث ۱ من كتاب الصلاه.

طلاقه و إقراره على أن الأقوال الخمس هنا إما شهاده أو يمين، و كل منهما صحيح عندنا من الأخرس بالإشاره، مؤيدا ذلک كله بقضاء الضـروره به إذا كان مما يجب عليه نفى الولـد للعلم بكونه من غيره، و احتمال انتفائه بنفيه هنا من دون لعان مناف لأصاله اللحوق و غيرها، فليس حينئذ إلا قيام إشارته مقام نطق غيره.

و لكن مع ذلک كله و غيره ربما توقف شاذ منا فى قـذفه و لعانه نظرا إلى تعـذر العلم بالإشاره و هو ابن إدريس، قال فيما حكى عنه «لا أقدم على أن الأخرس المذكور يصح لعانه، لأن أحدا من أصـحابنا غير الشيخ فى خلافه و مبسوطه لم يورده فى كتابه، و لاـ وقفت على خبر فى ذلک، و لا إجماع عليه، و القائل بهـذا غير معلوم، و التمسک بالایه (۱) بعيد لأنه لا خلاف أنه غير قاذف و لا رام على الحقيقه، و النطق منه حال اللعان متعذر، و الأصل براءه الذمه، و اللعان حكم شرعى يحتاج إثباته إلى دليل شرعى و أيضا لو رجع بالشهادات عن اللعان عند من جوزه له وجب عليه الحد، و

الرسول صلى الله عليه و آله قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» (۲)

و من المعلوم أن فى إيمائه و إشارته بالقذف شبهه هل المراد به القذف أو غيره؟ و هو غير معلوم يقينا بلا خلاف- ثم قال-: فان قلنا: يصح منه اللعان كان قويا معتمدا، لأنه يصح منه الإقرار و الايمان و أداء الشهادات و غير ذلک من الأحكام».

و هو كما ترى متوقف مضـطرب، لكن دعواه عـدم دلاله إشارته على القـذف و عدم إمكان أداء معانى ألفاظ اللعان فيها خلاف الفرض، كمـا أن دعوى عـدم تحقق إشاره للأخرس كـذلک منافيه للوجـدان خصوصا إذا كان منها الكتابه التى يمكن فرض أنه يحسـنها، و من الغريب دعوى عـدم الخلاف فى عـدم كون إشارته قـذفا، إذ هو مناف للعرف بل و اللغه، على أنه يمكن عروض الخرس له بعد القذف.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب مقدمات الحدود الحديث ۴ من كتاب الحدود.

و من ذلک و غیره قال المصنف هو ضعیف إذ لیس حال اللعان بزائد عن حال الإقرار بالقتل و غیره.

نعم لا یصح اللعان منه مع عدم النطق و عدم الإشاره المعقوله بلا خلاف و لا إشکال، بل لا یتصور فیها الموضوع فضلا عن الصحه، و دعوی الفرق بین الإقرار و العقود و الإیقاعات و بین المقام- من حیث إنه یتعین فیه تأدیته بلفظ الشهاده و اللعن و الغضب، و الإشاره لا ترشد إلی ذلک و إن أدت معناها، بخلاف غیره من الإقرار و العقد و غیره مما لا یعتبر فیه ذلک و إن اعتبر فیها الصیغ الخاصه إلا أن المراد معناها، فتقوم الإشاره حینئذ فی التأدیه مقام اللفظ- یدفعها بعد الإغضاء عما فیها ما أشرنا إلیه سابقا من التصریح فی الأدله بقیام إشارته مقام التکبیر و التلبیه و نحوهما مما یراد منها اللفظ لکن من القادر علیه، و لو لإطلاق ما دل (۱)

علی قیام إشارته مقام اللفظ من غیره فی سائر المقامات، و من فحوی ذلک یستفاد صحته بغیر العربیه ممن لا یقدر علیها کالفارسی و الترکی و غیرهما، نعم ما تقدم فی النصوص (۲)

السابقه من التعلیل و غیره یقتضی عدم صحته من الأخرس کالخرساء، إلا أنها نصوص ضعیفه لا جابر لها، بل الإعراض عنها متحقق، فلا تصلح معارضه لإطلاق أدله قیام إشارته مقام اللفظ من غیره، کما أوضحنا ذلک فی کتب العبادات و المعاملات، فلاحظ و تأمل.

و لو کان یحسن الکتابه و قلنا إنها من جمله إشارته فلیکتب حینئذ کلمه الشهاده و کلمه اللعن و الغضب و یشیر إلیها أربع مرات، و لا یکلف أن یکتب أربع مرات.

و لو قذف و لاعن بالإشاره ثم عاد نطقه و قال: لم أرد اللعان بإشارتی قبل قوله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۹- من أبواب القراءه فی الصلاه الحدیث ۱ من کتاب الصلاه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللعان الحدیث ۱۲ و المستدرک الباب- ۸- منه الحدیث ۱ و ۲.

فیما علیه من لحوق النسب به و ثبوت الحد دون ماله من الحرمه المؤیده، و لکن له أن یلاعن فی الحال لإسقاط الحد و لنفی النسب إذا لم یمض من الزمان ما یسقط فیه حکم النفی، و لو قال لم أرد القذف أصلا لم یقبل قوله، لأن إشارته أثبت حقا لغیره، و لأن المفروض دلالتها علیه علی وجه یحصل العلم منه، فلا یقبل إنکاره حینئذ، و الله العالم.

و لو نفی ولد المجنونه لم ینتف إلا باللعان منهما لأن الأصل اللحوق، و لا یخرج عنه إلا بما ثبت شرعا، و هو الانتفاء باللعان منهما و لا دلیل علی قیام الولی مقامها هنا، بل ظاهر الأدله خلافه، نعم لو أفاقت فلاعنت صح بلا خلاف و لا إشکال و إلا کان النسب ثابتا و الزوجیه بلا خلاف و لا إشکال کذلک أیضا للأصل و غیره.

و لو نفی ولد الشبهه انتفی عنه من غیر لعان إذا لم یعترف بوطئها بحیث یلحق به الولد و لم یعلم منه ذلک، کما ستعرف تحقیق ذلک فی الأمه و المتمتع بها عند تعرض المصنف لهما.

و منه یعلم النظر فیما فی المسالک هنا حیث قال: «الموطوءه بالشبهه لا تصیر فراشا بحیث یلحق به الولد بمجرده، بل یتوقف لحوقه علی اعترافه به أو بأنه لم یطأها فی ذلک الوقت الذی یمکن إلحاق الولد به فیه غیره، لأن ذلک یستلزم کونه منه أیضا، و هو فی قوه الاعتراف به، فیلحق به و إلا فلا».

و فیه أنه یکفی فی لحوق الولد به بعد وطئه لها علی وجه یصلح لتکون الولد منه عدم العلم بوطء غیره لها إذا لم تکن ذات زوج حاضر معها، لا العلم بالعدم، کما ستعرف الوجه فی ذلک، بل و لا ینتفی بانتفائه حینئذ.

و کیف کان فقد عرفت فیما تقدم من غیر خلاف فیه بینهم و لا إشکال أنه إذا عرف الزوج خاصه انتفاء الحمل لاختلال شروط الالتحاق أو بعضها کما لو ولدته لسته أشهر فصاعدا من حین التزویج و خلوته بها و لکن لم

يـدخل بها فيما بينه و بين الله تعالى شأنه فى وقت يمكن فيه إلحاقه به وجب عليه إنكار الولد و اللعان، لئلا يلحق بنسـبه من ليس منه و يترتب عليه حكم الولـد فى الميراث و النكـاح و نظر محارمه و غير ذلك من الأمور التى لا ترتفع إلا بنفيه، لاقتضاء قاعـده الفراش الالتحـاق به ظاهرا، من غير فرق فى ذلك بين علمه بزناها و عـدمه، و إن حرم عليه قـذفها فى الثانى، لاحتمال كون الولد من شبهه، و إنما الواجب عليه نفى الولد عنه و اللعان.

لكن فى المسالك هنا «ربما قيل بعدم وجوب نفيه، و إنما يحرم التصـريح باسـتلحاقه كذبا دون السكوت عن النفى، و ذلك لأن فى اقتحام اللعان شـهره عظيمه و فضـيحه يصـعب احتمالها على ذوى المروات فيبعد إيجابه» و لا يخفى عليك ضـعفه، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مضافا إلى ظاهر بعض النصوص (۱)

.

نعم لو اجتمعت شروط الإلحاق بأن ولدته فى المده التى بين أقل الحمل و أكثره من حين وطئه لا يجوز له إنكار الولد و الحق به ظاهرا، بل سـتعرف التحقيق فى عـدم مشـروعيه اللعان لنفيه مع اعترافه باجتماع شـرائط الإلحاق أو العلم بها، و حينئذ فلا يجوز له نفيه فضـلا عن اللعان للشـبهه و لا للظن و لا لمخالفه الولـد صـفات الواطئ و موافقتها لصـفات المتهم، بل و لو حقق زناها و جاء الولد مخالفا له فى الخلق و الخلق بل مشابها للزانى، لتظافر الأدله (۲)

بلحوق الولـد للوطء المحترم الصالـح للتكون منه، و اللعـان إنمـا يرفع اللحوق الناشـئ من قاعـده الفراش الظاهريه، كما سـتعرف تحقيق ذلك كله فى الأمه و المتمتع بها على وجه لم نسبق إليه، و الله العالم بحقيقه الحال و الموفق للصواب.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱۰ من كتاب النكاح.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب اللعان الحديث ۳ و الباب- ۱۰۵- من أبواب أحكـام الأود من كتاب النكاح و الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

[الركن الثالث فى الملاعنه]

الركن الثالث فى الملاعنه و لا خلاف كما لا إشكال فى أنه يعتبر فيها حال الملاعنه البلوغ و كمال العقل لسلب عباره غير البالغ و المجنونه و غيره مما عرفته مكررا.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه يعتبر فيها السلامه من الصمم و الخرس لكن على الوجه الذى ذكرناه فى كتاب النكاح مفصلا عند ذكر المصنف له فى السبب الخامس من أسباب التحريم، و منه يعلم الحال فى وجه ذكر المصنف للأمرين شرطا المقتضى بظاهره لصحه اللعان مع انتفاء أحدهما، مع اكتفائه و غيره فى التحريم فى كتاب النكاح بقذف أحدهما، فلاحظ و تأمل، فإن منه يعلم أيضا قوه القول بكون ذلك شرطا فى اللعان بالسبب الآخر، و هو نفى الولد، كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب هنا، مضافا إلى ظهور خبر السكونى (۱)

و المرسل (۲) عن على عليه السلام المتقدمين سابقا فى ذلك أيضا و ضعفهما منجبر هنا بما يظهر من الأكثر من كون ذلك شرطا فى سببى اللعان حينئذ.

و لا يشكل ذلك باقتضائه الانتفاء بمجرد نفيه من دون لعان مع اقتضاء قاعده الفراش إلحاقه إن كان المراد من الاشتراط المزبور حصول فائده اللعان من دون اللعان، كما لو قذفها، فإنها تحرم عليه من دون ملاعنه، أو وجوب نفيه عليه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱۲.

۲- ۲ المستدرك الباب- ۸- من كتاب اللعان الحديث ۲.

لعلمه بأنه لیس منه مع عدم طریق إلی انتفائه عنه، إذ الفرض عدم مشروعیه اللعان معها و لو بالإشاره، إذ لا مانع من التزام الأول، و یکون لعانه معها مجرد ذکره سبب اللعان، فیحصل ثمرته بینهما و إن لم یحصل اللعان کما فی القذف.

لکن الانصاف عدم خلو المسأله بعد عن الإشکال فإن ظاهر اقتصار المصنف فی سبب التحریم علی القذف فی کتاب النکاح یقتضی عدمه فی نفی الولد، بل فی

صحیح أبی بصیر أو موثقه (۱) القذف خاصه، قال: «سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هی خرساء صماء لا تسمع ما قال، فقال: إن کان لها بینه تشهد لها عند الإمام جلده الحد، و فرق بینهما، ثم لا تحل له أبدا، و إن لم یکن لها بینه فهی حرام علیه ما أقام معها، و لا إثم علیها»

و کذا

حسن الحلبی و محمد بن مسلم (۲) عنه علیه السلام «فی رجل قذف امرأته و هی خرساء، قال: یفرق بینهما»

نعم فی

خبر محمد بن مروان (۳) عنه علیه السلام «فی المرأه الخرساء کیف یلاعنها زوجها؟

قال: یفرق بینهما و لا تحل له أبدا».

فما عساه یظهر منه أن ذلک کیفیه لعانها فی مطلق سببه، لکن بمجرد ذلک لا یجسر علی الحرمه أبدا کما لا یجسر علی انتفاء الولد الثابت لحوقه بقاعده الفراش بمجرد نفیه، علی أن ذکرهم ذلک شرطا فی اللعان أعم من انتفائه بمجرد نفیه، بل أقصاه سقوط اللعان بینهما، و هو أعم من انتفائه، بل و من الحرمه الأبدیه، و من هنا کان خیره ثانی الشهیدین هنا مشروعیه اللعان بینهما فی نفی الولد بالإشاره.

لکن یبعده- مضافا إلی إطلاق الأصحاب الاشتراط علی وجه یشمل السببین- خفاء الفرق بین سقوطه بینهما للقذف و عدمه لنفی الولد، خصوصا مع ظهور کون العله فی الأول الخرس، کما أومئ إلیه فی النصوص (۴)

السابقه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب اللعان الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللعان الحدیث ۱۲ و المستدرک الباب- ۸- منه.

و إن لم يتعدى منها إلى الخرس فى الرجل للإجماع و غيره، و لذا كان ظاهر بعض الأفاضل سقوط اللعان بينهما فى ذلك، لظاهر الاشتراط المزبور فى الفتاوى المعتضده بما سمعته من خبر السكونى (۱)

و غيره مع عدم حرمه الأبد و عدم انتفاء الولد، للأصل و قاعده الفراش، و هو جيد إن لم يكن ظاهر خبر محمد بن مروان (۲)

المتقدم أن كيفيه اللعان بينهما فى سببيه التفرقه بينهما أبدا، بمعنى إجراء حكم اللعان على ذكر سببه و إن لم يحصل، بل قد يدعى ظهور اشتراطهم له ذلك مع عدم ذكرهم الفرق بين القذف و نفى الولد مع أنه لا ـ ريب فى كون حكمه كذلك فى الأول، فالاحتياط لا ينبغى تركه، خصوصا مع عدم تحرير المسأله فى كلامهم، بل فى قواعد الفاضل «و فى اللعان لنفى النسب- أى فى الخرساء و الصماء- إشكال» و لعله مما عرفت من أنه لا طريق إلى انتفائه سواه، و من إطلاق النص (۳)

و الفتوى نفى لعانهما، و فى كشف اللثام «و الأول أقوى».

نعم لا إشكال فى ظهور كلمات الأصحاب بسقوط الحد عنه لو أقام بينه على ما قذفها به و عدم جريان حكم اللعان حينئذ، فلا تحرم عليه أبدا، لكن فى المسالك «حرمت أيضا عليه كما دلت عليه الروايه السابقه- أى خبر أبى بصير (۴)

ثم قال-: و ربما قيل بأنها تحرم حينئذ، لعدم قذفها بما يوجب اللعان، و يثبت عليها الحد بالبينه، و لا ينتفى عنها بلعانها، و الروايه تنافى ذلك، و هى معتبره الإسناد، لكن فى الاكتفاء بها فى إثبات هذا الحكم نظر، و عباره الأصحاب فى باب التحريم مصرحه باشتراط قذفها بما يوجب اللعان لولا الآفه المذكوره، فيخرج منها ما لو أقام البينه و ما لو لم يدع المشاهده، و إطلاق هذه الروايه و غيرها يتناول الجميع، و الأولى الرجوع فى كل موضع يحصل فيه الاشتباه إلى الحكم العام».

قلت: و هو هنا ما ذكره الأصحاب من عدم الحرمه أبدا عليه بذلك،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من كتاب اللعان الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۸- من كتاب اللعان الحديث ۲.

لأنها منافيه للأصل و غيره، على أن إطلاق النصوص بملاحظه فتوى الأصحاب و خبر محمد بن مروان (۱)

يمكن دعوى كون المراد منه أن التحريم المزبور فى مقام اللعان الذى ليس المفروض منه، و اشتمال الخبر المزبور على البينه إنما هو بالنسبه إلى دعوى القذف عليه لا ما قذفها به، كما هو واضح.

هذا و قد يستفاد من الخبر المزبور عدم الإثم عليها فى الاجتماع معه مع عدم البينه لها على قذفه لها و إن حرم هو عليه، و لعله كذلك فى كل مقام يعجز عن إثبات الحكم فى الظاهر و إن اختص الإثم بالاخر.

و كذا يعتبر فى الملاعنه لنفى الولد أن تكون منكوحه بالعقد الدائم بلا خلاف معتد به، بل فى المسالك هو موضع وفاق، لأن ولد المتمتع بها ينتفى بغير لعان اتفاقا، لكن فى كشف اللثام عن الجامع التصريح بوقوعه للنفى، و فيه- مع أنه مناف للاتفاق المزبور و للأصل- أنه مناف لإطلاق

قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن سنان (۲): «لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها»

و فى

صحيح ابن أبى يعفور (۳): «لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها»

و نحوه خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (۴).

بل منها يستفاد أيضا عدم وقوعه أيضا للقذف كما هو المشهور شهره عظيمه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من كتاب اللعان الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللعان الحديث ۱.

۴- ۴ لم أقف على خبر لعلى بن جعفر بهذا المضمون بعد التتبع التام فى مظانه من الوسائل و المستدرك و الوافى و الكتب الأربعه و البحار فى باب اللعان و ج ۱۰ منها ص ۲۴۹- الطبع الحديث- باب «ما وصل إلينا من أخبار على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام.» و الظاهر أنه طاب ثراه أخذه من المسالك حيث ان الشهيد قده بعد ذكر صحيحه ابن سنان قال: «و مثله روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام».

بـل لم یحک الخلاف فی ذلک إلا عن السـید و المفیـد، لعموم الآیه (۱) الذی یجب تخصـیصه بالنصوص المزبوره و إن کانت آحادا لما تحرر فی الأصول من جواز تخصیصه بخبر الواحد فحینئذ لا ریب فی اشتراط الدوام فی اللعان بالسببین.

نعم ینبغی أن یعلم أن ولـد المتعه و إن انتفی بمجرد النفی من دون لعـان لکن فی کشـف اللثـام لاـ یجـوز له النفی إلاـ مـع العلم بالانتفـاء و إن عزل أو اتهمهـا أو ظن الانتفاء بالقرائن الخارجیه، بل قال فی شـرح قول الفاضل قبل ذلک: «و یلحق به الولـد و إن عزل و کذا فی کل وطء صحیح أو شبهه، فان

المنی سباق

و الولد للفراش،

و للأخبار (۲)

» و لاـ یخفی علیک ظهور کلامه فی أنه یجب إلحاقه به و إن حصل له الظن بعـدمه بالأمارات فی کل وطء صـحیح و لو شـبهه، بـل لا یتوقف إلحاقه به علی اعترافه بعـدم وطء غیره، فیکفی الأصل له و لغیره فی إلحاقه به، کما أومأنا إلی ذلک سابقا، و یأتی إنشاء الله.

إلاـ أنه قـد یشـکل ذلـک بأن ذلک إن کان للفراشـیه لم یتجه نفیه بالانتفاء و إن لم یشـرع اللعان، بل أقصـی نفیه لحوق أحکامه بالنسـبه إلیه من حیث إقراره، و أما حقوق الولد فلا تنتفی لقاعده الفراش الذی لم یشرع اللعان هنا لنفیه، و إن کان لا للفراشیه لم یتجه وجوب إلحاقه به بمجرد احتمال کونه من وطئه و إن لم یعلم وطء غیره، فتأمل جیـدا، فإنه ربما یأتی لذلک مزید تحقیق، و الله العالم.

و فی اعتبار الدخول بها فی مشروعیه اللعان خلاف و المروی فی المعتبره المستفیضه أنه لا لعان ففی

خبر أبی بصیر (۳) عن أبی عبد الله علیه السلام «لا یقع اللعان حتی یدخل الرجل بأهله».

و فی مرسل ابن أبی عمیر عن بعض

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب المتعه و الباب- ۱۵- من أبواب أحکام الأولاد من کتاب النکاح.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

أصحابه (۱)

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الرجل یقذف امرأته قبل أن یدخل بها، قال: یضرب الحد و یخلی بینه و بینها»

و فی

خبر محمد بن مضارب (۲) عن أبی عبد الله علیه السلام «من قذف امرأته قبل أن یدخل بها جلد الحد و هی امرأته»

و فی خبر محمد بن مسلم (۳) عن أبی جعفر علیه السلام «لا تکون الملاعنه و لا الإیلاء إلا بعد الدخول»

و فی خبر أبی بصیر (۴) عن أبی عبد الله علیه السلام «لا یقع اللعان حتی یدخل الرجل بامرأته»

و فی خبره الآخر (۵) عنه علیه السلام أیضا قال: «سألته عن رجل تزوج امرأه غائبه لم یرها فقذفها، قال: «یجلد»

۲۸۹۱۸ و فی خبر محمد بن مضارب (۶)

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: ما تقول فی رجل لاعن امرأته قبل أن یدخل بها؟ قال:

لا یکون ملاعنا إلا بعد أن یدخل بها، یضرب حدا و هی امرأته، و یکون قاذفا»

و هی مع تعاضدها و اعتبار سند بعضها قد حکی الإجماع علی مضمونها فی محکی الخلاف و ظاهر التبیان و أحکام القرآن للراوندی.

و لکن مع ذلک کله فیه قول بالجواز کما عن بعضهم، بل فی قواعد الفاضل أنه الأقرب، و لعله لعموم الآیه (۷) الذی یجب تخصیصه بما سمعت من النصوص و غیرها، و دعوی تنزیلها علی اعتباره بالنسبه إلی نفی الولد- الذی لا یتوقف نفیه قبل الدخول علی اللعان إجماعا کما فی المسالک، لعدم وجود شرائط الإلحاق، فلا إشکال فی انتفائه بهذا السبب- یدفعها التصریح فی جمله منها بنفی اللعان بینهما بالقذف دون نفی الولد.

و حینئذ فما أشار إلیه المصنف و غیره بعد حکایه القولین المزبورین بقوله و قال ثالث کما عن السرائر بثبوته أی اللعان بالقذف بلا دخول دون نفی الولد حاملا علیه کلام الأصحاب قال: «لأن قبل الدخول القول قول الزوج مع یمینه، و لا یلحق به الولد بلا خلاف بین أصحابنا، و لا یحتاج فی نفیه إلی لعان» و استحسنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۶.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۷.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللعان الحدیث ۸.

۷- ۷ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

فی محکی المختلف فی غیر محله، لما عرفت من تصریح جمله من النصوص بنفیه فی القذف أیضا.

لکن لا ریب فی أن کلام المصنف و غیره ممن عبر کتعبیره ظاهر فی أن من الأصحاب من قال بعدم اشتراط الدخول فی اللعان بسببین، لأنه جعل التفصیل قولا ثالثا، و فی المسالک «أن قائله غیر معلوم، و هو غیر موجه لما عرفت من أن الدخول شرط لحوق الولد، فلا یتوقف انتفاؤه علی اللعان علی تقدیر عدمه، و الحق رجوع الخلاف إلی قولین بالاشتراط فیهما و التفصیل فیهما (بینهما خ ل) کما مر».

قلت: یمکن القول بعدم اشتراط الدخول فی مشروعیه اللعان، بل یکفی احتماله، فحینئذ إذا نفاه مع إمکانه منه و ادعته المرأه لم ینتف عنه إلا باللعان، نعم ما سمعته من النصوص صریح فی اشتراط الدخول فی مشروعیه اللعان، اللهم إلا أن یحمل علی إراده إخراج حال العلم بعدم الدخول بالنسبه إلی نفی الولد، فإنه لا حاجه حینئذ إلی اللعان قطعا فی الانتفاء عنه و إن کان هو خلاف ظاهر إطلاق اعتبار الدخول، و حینئذ یتجه اشتراطه فی اللعان مطلقا و إن قلنا بلحوق الولد به بمجرد احتمال الدخول. بل و إن قلنا لا طریق إلی نفیه عنه بعد

قوله صلی الله علیه و آله (۱): «الولد للفراش»

کما تسمع ذلک فی نظائره، أو یکتفی فی انتفائه بمجرد نفیه عنه، لأنه لا طریق إلی ما أوجب الشارع علیه من نفیه عنه مع علمه بعدم کونه منه إلا انتفاؤه عنه بمجرد نفیه بعد فرض عدم مشروعیه اللعان، کما تسمع تحقیق ذلک فی نظائره إن شاء الله فتأمل جیدا، و الله العالم.

و یثبت اللعان بین الزوج الحر و الزوجه المملوکه علی المشهور بین الأصحاب، کما یثبت من دون خلاف بین الحرین و المملوکین و الزوج المملوک و الزوجه الحره، لعموم الآیه (۲) و خصوص

حسن جمیل (۳) عن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللعان الحدیث ۳.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

الصادق عليه السلام «سأل هل يكون بين الحر و المملوک لعان؟ فقال: نعم، و بين المملوک و الحره، و بين العبد و الأمه، و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه»

و صحيح ابن مسلم (۱) سأل الباقر عليه السلام «عن الحر يلاعن المملوكه، قال: نعم إذا كان مولاها الذى زوجها إياه»

و حسن الحلبى أو صحيحه (۲) عن الصادق عليه السلام فى حديث «سألته عن الحر تحته أمه فيقذفها، قال: يلاعنها»

و خبر حريز (۳) عنه عليه السلام أيضا «بين الحر و الأمه و المسلم و الذميه لعان»

و خبر محمد (۴) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الحر يلاعن المملوكه، قال: نعم»

و خبر هشام بن سالم (۵)

«سألته عن المرأه الحره يقذفها زوجها و هو مملوک و الحر تكون تحته المملوكه فيقذفها، قال: يلاعنها»

إلى غير ذلک من النصوص المتعاضده المعتبره و لو بالانجبار.

و لكن مع ذلک فيه روايه بالمنع هى

صحيحه ابن سنان (۶) عن أبى عبد الله عليه السلام «لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها»

و روايه على بن جعفر (۷) عن أخيه موسى «سألته عن رجل مسلم تحته يهوديه أو نصرانيه أو أمه ينفى ولدها و قذفها هل عليه لعان؟ قال: لا»

و روايه السكونى (۸) المتقدمه سابقا عن جعفر، عن أبيه، عن على «ليس بين خمس من النساء و أزواجهن لعان- و عد منهن- الأمه تحت الحر فيقذفها»

و روايه الحسين ابن علوان (۹) المرويه عن قرب الاسناد، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليهم السلام «أربعه ليس بينهم لعان، ليس بين الحر و المملوكه».

لكنها قاصره عن المعارضه سندا و عددا و اعتضادا فلا بأس بحملها على الموطوءه بملک اليمين، أو على التقيه، أو على ما إذا تزوجها بغير إذن مولاها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ٨.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ١٠.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۴.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ١١.

٨- ٨ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ١٢.

٩- ٩ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ١٣.

أو غير ذلک، خصوصا بعد اشتمال جمله من النصوص (۱)

المزبوره على نفى اللعان أيضا فى صوره العکس التى قد نفى الخلاف فى المسالک عن ثبوت اللعان فيها، فما عن المفيد حينئذ من عدم اللعان فى الفرض واضح الضعف، کالاستدلال له بأن اللعان شهاده و المملوکه ليست من أهل الشهاده الذى قد عرفت ما فيه سابقا من أنه يمين لا شهاده حقيقه، و إلا لاتجه المنع أيضا فى صوره العکس التى لا خلاف فى ثبوت اللعان فيها.

و أضعف من ذلک ما قال ه ثالث و هو ابن إدريس، بل حکى عن الاستبصار و المراسم من التفصيل بثبوته بنفى الولد دون القذف محتجا بأن قذف المملوکه لا يوجب الحد، فلا يتوقف نفيه على اللعان، بخلاف نفى الولد إذا کانت زوجه، و بأن اللعان حکم شرعى يقتصر فيه على المتيقن، إذ هو کالاجتهاد فى مقابل النص، و الإطلاق کتابا (۲) و سنه (۳)

و عدم الحد على قذفها لا ينافى مشروعيه اللعان بإطلاق الأدله و خصوصا لنفى التعزير الثابت بقذف الأمه.

و من ذلک يعلم أيضا عدم اشتراط إسلامها، لإطلاق الأدله و خصوص ما سمعته من النصوص التى لا يکافؤها غيرها، خلافا للمحکى عن جماعه منهم ابن الجنيد من عدم ملاعنه الکافره للمسلم، لنحو ما سمعته فى اشتراط الحريه من بعض النصوص و الاعتبار التى قد عرفت الحال فيها، و لعله لوضوح ضعفه أهمل المصنف ذکر الخلاف هنا، و إن ذکره فى الملاعن، أو أنه اتکل على ذکره هناک.

و يصح لعان الحامل وفاقا للمشهور، بل عن الخلاف الإجماع، للعموم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللعان الحديث ۱۲ و ۱۳ و المستدرک الباب- ۵- منه الحديث ۶.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب اللعان.

کتابا (۱) و سنه (۲)

و خصوص ما عن النبی صلی الله علیه و آله (۳)

من أنه لاعن بین هلال ابن أمیه و زوجته الحامل، و

صحیح الحلبی (۴) سأل الصادق علیه السلام «عن رجل لاعن امرأته و هی حبلی قد استبان حملها و أنکر ما فی بطنها، فلما ولدت ادعاه و أقر به و زعم أنه منه، قال: یرد علیه ولده و یرثه، و لا یجلد الحد لأن اللعان قد مضی»

و المرسل (۵) عن أمیر المؤمنین علیه السلام إنه قال: «إن تلاعنا و کان قد نفی الولد و الحمل إن کانت حاملا أن یکون منه ثم ادعی بعد اللعان الولد، فان الولد یرثه، و لا یرث هو الولد بدعواه بعد أن لاعن علیه و نفاه».

خلافا للمحکی عن المفید و سلار و التقی، ل

خبر أبی بصیر (۶) عن الصادق علیه السلام «کان أمیر المؤمنین علیه السلام یلاعن فی کل حال إلا أن تکون حاملا»

و هو- مع عدم مکافئته لما تقدم من وجوه- محتمل لإراده بیان جواز تأخیر اللعان لا نفی صحته، و لعله لأنه و إن جاز لعانها حاملا لکن إن أقرت أو نکلت لا یقام علیها الحد إلا بعد الوضع کغیرها مما یثبت علیها الحد، بل ربما حمل الخبر المزبور علی نفی ما یجب باللعان من الحد علی تقدیر نکولها و إن بعد، أو علی غیر ذلک مما لا بأس به بعد قصوره عن المقاومه.

و لا تصیر الأمه فراشا بالملک بلا خلاف أجده فیه و إن خلت به و خلی بها و أمکن تکونه منه، بل فی المسالک الإجماع علیه، قال: «بخلاف النکاح الذی یلحق به الولد بمجرد الإمکان، لأن المقصود منه الاستمتاع و الولد، و ملک الیمین قد یقصد به ذلک و قد یقصد به التجاره و الاستخدام، و لذا لا یتزوج من لا تحل له، و یملک بملک الیمین من لا تحل له- ثم قال بعد ذلک- إذا کان الفراش زوجه دائمه

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللعان.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۹۴ و ۳۹۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللعان الحدیث- ۱.

۵- ۵ المستدرک الباب- ۶- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۳۱- من کتاب اللعان الحدیث ۳.

تحقق فراشها من حين العقد و إمكان وصوله إليها، ثم لها بالنسبه إلى الولد حكمان:

أحدهما فى ظاهر الأمر، و هو أنه يحكم بإلحاق الولد الذى تلده بعد العقد و إمكان الوصول إليها فيما بين أقل الحمل و أكثره بالزوج و إن لم يعترف به و لم يعلم وطؤه لها، سواء كان من أهل الاعتراف كالبالغ العاقل أو لا كالمجنون و الصبى الذى يمكن تولده منه، كابن العشر قبل أن يحكم ببلوغه على ما سبق- ثم إنه بعد ذكر أن الأمه بعد الوطء تكون كالحره فى لحوق الولد قال-: يفارق ولد الزوجه فى أمرين:

أحدهما أنه لا يحكم بلحوقه به إلا مع ثبوت وطئه لها، إما بإقراره أو بالبينه بخلاف ولد الزوجه، فإنه يكفى إمكان الوطء، و الوجه فيه أن المعتبر فيهما ثبوت الفراش، و لما كان فى الزوجه متحققا بالعقد و إمكان وصوله إليها كان المعتبر ثبوت ذلك، و لما كان فراشيه الأمه لا يتحقق إلا بالوطء اعتبر ثبوته، فمرجع الأمر فيهما إلى شى ء واحد، و هو ثبوت الفراش، إلا أنه فى الزوجه يظهر غالبا بغير الزوج بحضور العقد و العلم بإمكان وصوله إليها، و فى الأمه لا يظهر غالبا إلا منه، لأن الوطء من الأمور الخفيه، فاعتبر إقراره به إن لم يتفق الاطلاع عليه بالبينه نادرا» إلى غير ذلك من كلماته فى هذا الشرح الذى أطنب فيه، و تبعه عليه فى كشف اللثام.

لكن قد يناقش بأنه مناف لما ذكروه فى حكم إلحاق الأولاد من اعتبار تحقق الدخول بالزوجه فى لحوق الولد بالزوج، بل و لما ذكره هو و غيره سابقا فى هذا الكتاب- فيما لو طلق و أنكر الدخول فادعته و ادعت أنها حامل- من عدم ثبوت اللعان بينهما، لعدم ثبوت الدخول، و هو الوطء، بل قالوا: لا يكفى إرخاء الستر خلافا للشيخ، بل صرح هو فى وجه ذلك بأن فائده اللعان من الزوج إما نفى ولد يحكم بلحوقه شرعا، و هو موقوف على ثبوت الوطء ليصير فراشا لم يحصل، و هو صريح فى توقف صدق الفراش فى الزوجه على ثبوت الوطء كالأمه.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كذلك مع إنكار الزوج الدخول لا مطلقا، لكنه

کما تری، بل قد یقال: إن المراد من

قوله صلی الله علیه و آله (۱): «الولد للفراش و للعاهر الحجر»

لذی الفراش بمعنی المفترش للزوجه فعلا، لا أن المراد المعده للفراشیه و إن لم یتحقق الافتراش منه بإقراره أو بالبینه.

إنما الکلام فی اختصاص ذلک بالزوجه الدائمه أو کل موطوءه بغیر زنا سواء کان بملک یمین أو بتحلیل أو عقد متعه، بل أو شبهه کما أشار إلیه المصنف فی الأمه بقوله و هل تصیر فراشا بالوطء فیه روایتان أظهرهما أنها لیست فراشا، و لا یلحق ولدها إلا بإقراره و لو اعترف بوطئها و تبعه علیه الفاضل و الشهید و غیرهما، بل لم یحک الخلاف فی ذلک إلا عن ظاهر الاستبصار و صریح الجامع، و مال إلیه ثانی الشهیدین فی المسالک.

و الروایه التی أشار إلیها المصنف الداله علی أنها لیست فراشا هی روایه محمد ابن عجلان (۲)

و

صحیحه عبد الله بن سنان (۳) عن أبی عبد الله علیه السلام قال فی الأول:

«إن رجلا من الأنصار أتی أبا جعفر علیه السلام فقال: إنی قد ابتلیت بأمر عظیم، إنی وقعت علی جاریتی ثم خرجت فی بعض حوائجی فانصرفت من الطریق فأصبت غلامی بین رجلی الجاریه فاعتزلتها فحبلت، ثم وضعت جاریه لعده تسعه أشهر، فقال له أبو جعفر علیه السلام: احبس الجاریه لا تبعها، و أنفق علیها حتی تموت أو یجعل الله لها مخرجا، فان حدث بک حدث فأوص أن ینفق علیها من مالک»

و نحوه فی الثانی إلی قوله: «مخرجا» و أورد بدل «احبس الجاریه» «لا ینبغی لک أن تقربها».

و روایه حریز (۴) عن أبی عبد الله علیه السلام أیضا «فی رجل کان یطأ جاریه له و أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب اللعان الحدیث ۳.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۲.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۱.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۳.

كان يبعثها فى حوائجه و أنها حبلت، و أنه بلغه عنها فساد، فقال أبو عبد الله: إذا ولدت أمسك الولد و لا يبيعه، و يجعل له نصيبا فى داره، قال: فقيل له: رجل يطأ جاريه له و أنه لم يكن يبعثها فى حوائجه و أنه اتهمها و حبلت، فقال: إذا هى ولدت أمسك الولد و لا يبيعه، و يجعل له نصيبا من داره و ماله، و ليست هذه مثل تلك».

و المرسل عن عبد الحميد بن إسماعيل (۱)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له جاريه يطئها و هى تخرج فحبلت، فخشى أن لا يكون منه كيف يصنع؟

أ يبيع الجاريه و الولد؟ قال: يبيع الجاريه و لا يبيع الولد، و لا يورث من ميراثه شيئا».

و صحيح سعيد بن يسار (۲) سأل الكاظم عليه السلام «عن الجاريه تكون للرجل يطيف بها و هى تخرج فتعلق، قال: أ يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد».

و سأل الصادق عليه السلام فى حديث آخر (۳)

«عن رجل وقع على جاريه له تذهب و تجى ء و قد عزل عنها، و لم يكن منه إليها ما تقول فى الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام، قال: أ يتهمها؟ قلت: أما تهمه ظاهره فلا، قال: يتهمها أهله؟ فقلت: أما شى ء ظاهر فلا، فقال: كيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟»

المشعران بعدم لحوق الولد مع التهمه.

و خبر محمد بن إسماعيل الخطاب (۴)

«كتب إليه يسأله عن ابن عم له كانت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۴- عن جعفر ابن محمد بن إسماعيل بن الخطاب كما فى الاستبصار ج ۳ ص ۳۶۷ و التهذيب ج ۸ ص ۱۸۰ و فى الجميع «أو فيه مشابهه منك فلا تبعهما» كما ذكرها قده كذلك فى ج ۳۱ التعليقه الثانيه من ص ۲۴۶.

له جاریه تخدم فاستراب بها، فهدد الجاریه، فأقرت أن الرجل فجر بها، ثم أنها حبلت بولد، فكتب إن كان الولد لک أو كان فیه مشابهه منک فلا تبعه، و بع امه».

و خبر یعقوب بن یزید (۱)

«كتب إلی أبی الحسن علیه السلام فی هذا العصر رجل وقع علی جاریه ثم شک فی ولده، فكتب إن كان فیه مشابهه منه فهو ولده»

إلی غیر ذلک من النصوص المشتركه فی الدلاله علی عدم كونها فراشا، و إلا لاقتضی لحوق الولد به علی كل حال إلا مع العلم بتكونه من غیره.

بل قد عرفت فی كتاب النكاح فی بحث لحوق الأولاد أن المحكی عن الأكثر بل المشهور اشتراط لحوق ولد الأمه بالواطی بعدم أماره یغلب الظن فیها بعدم كونه منه، و لو كانت فراشا لم یلتفت إلی الأماره المزبوره كما فی الزوجه الدائمه، بل اتفاقهم كنصوص (۲)

المقام علی عدم اللعان بینهما دلیل علی عدم الفراشیه التی شرع اللعان لنفی مقتضاها، و إنما لحوق الولد للإقرار الذی لم یشرع اللعان لنفیه، بل اتفاقهم أیضا علی انتفائه بالنفی دلیل آخر، ضروره كون انتفائه بالنفی حینئذ منافیا لقاعده الفراش و موافقا للحوقه بالإقرار المفروض انتفاؤه.

و ما فی المسالک من «أن السر بانتفائه عنه بنفیه من غیر لعان أن الولد الذی یظهر للزوج كونه منتفیا عنه یلیق بالحكمه أن یجعل الشارع له طریقا إلی نفیه عنه، لیخرج عنه من لیس منه، و لما نصب لولد الزوجه طریقا إلی النفی باللعان و خصه بالزوجین بقوله تعالی (۳) «وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ» فلا بد من طریق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحدیث ۱۲ و ۱۳ و المستدرک الباب- ۵- منه الحدیث ۶.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

آخر لنفی ولد الأمه حیث یقتضی الحال نفیه، فإذا لم یمکن باللعان بقی علی أصل الإلحاق کما لو تعذر اللعان حیث یشرع لزم أن یکون ولد الأمه أقوی اتصالا و أحسن حالا من ولد الزوجه الدائمه، فشرع لذلک انتفاءه بمجرد النفی من غیر لعان، إذ لیس هناک طریق آخر» کما تری لا یرجع إلی محصل و لا إلی دلیل شرعی، بل لا بد من القول بأن مبنی ذلک عدم کونها فراشا بل لا طریق إلی الحکم بإلحاق الولد به إلا إقراره المفروض انتفاؤه و أنه ینفی الولد عنه، إذ لا دلیل شرعی یقتضی إلحاقه به.

بل إن لم یکن إجماع أمکن القول بعدم انتفائه عنه لو نفاه فی مقام یقر بوطئها علی وجه حکم الشارع بإلحاقه به لإمکان تولده منه مع فرض عدم العلم بوطء غیره، بل و لا تهمه منه لها، فیخص حینئذ ما ادعوه من الإجماع علی انتفائه بنفیه حیث یمکن أن یکون نفیه لعلمه بعدم تکونه منه، لعلمه بعدم وطئه لها علی وجه یمکن تکون الولد منه، و قول الأصحاب أنه ینتفی بنفیه و إن أقر بوطئها یراد منه و إن أقر بکونها موطوءه له فی الجمله، لا- أنه و إن أقر بأنها موطوءه له وطئا ألحقه الشارع به، لإمکان تکون الولد منه و عدم العلم بوطء غیره و عدم تهمتها بذلک.

و علی کل حال فمما ذکرنا یظهر لک الفرق بین الزوجه المدخول بها و بین الأمه، و یظهر أیضا معنی کونها لیست فراشا، کما تسمع ما یؤیده إنشاء الله.

هذا و لکن فی مقابل ذلک کله نصوص و فتاوی (منها) إطلاق

قوله صلی الله علیه و آله (۱)

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»

بناء علی أن المراد من الفراش المقابل بالعهر مطلق الافتراش بحل و لو بشبهه.

و (منها)

صحیح سعید الأعرج (۲) سأل الصادق علیه السلام «عن رجلین واقعا علی جاریه فی طهر واحد لمن یکون الولد؟ قال: للذی عنده الجاریه، لقول رسول

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء.

الله صلی الله علیه و آله الولد للفراش و للعاهر الحجر»

و خبر الحسن الصیقل (۱) عن أبی عبد الله علیه السلام «سمعته یقول و سئل عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل أن یستبرئ رحمها، قال: ما صنع!! یستغفر الله و لا یعود، قلت: فإنه باعها من رجل آخر و لم یستبرئ رحمها ثم باعها الثانی من رجل آخر و لم یستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث، فقال أبو عبد الله علیه السلام: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

و نحوه

خبره الآخر (۲) إلا أنه قال: «قال أبو عبد الله علیه السلام: الولد للذی عنده الجاریه و لیصبر، لقول رسول الله صلی الله علیه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر».

و (منها)

خبر علی بن جعفر (۳) عن أخیه موسی علیه السلام «سألته عن رجل وطأ جاریه فباعها قبل أن تحیض فوطأها الذی اشتراها فی ذلک الطهر فولدت له لمن الولد؟ قال: الولد للذی عنده و لیصبر، لقول رسول الله صلی الله علیه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

إلی غیر ذلک من النصوص الموافقه لفتواهم فی بحث لحوق الأولاد أنه متی وطأ الأمه مولاها ألحق به الولد، و لزمه الإقرار به إلا مع العلم بانتفائه منه.

و لکن قد یقال إن النصوص المزبوره موافقه لما رواه

العامه عن النبی صلی الله علیه و آله (۴)

«أنه تنازع إلیه سعد و عبد بن زمعه عام الفتح فی ولد ولده زمعه، و کان زمعه قد مات، فقال سعد: یا رسول الله صلی الله علیه و آله إن أخی کان قد عهد إلی فیه، و ذکر أنه ألم بها فی الجاهلیه، و قال عبد هو أخی و ابن ولیده أبی، ولد علی فراشه، فقال رسول الله صلی الله علیه و آله: یا عبد بن زمعه هو لک، الولد للفراش و للعاهر الحجر»

فیمکن أن یکون النصوص المزبوره للتقیه، خصوصا بعد أن لم یکن فی مفروض بعضها عاهر،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۷.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۱۲.

نحو

خبر محمد بن قیس (۱) عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی ولیده جامعها ربها ثم باعها من آخر قبل أن تحیض فجامعها الآخر و لم تحض فجامعها الرجلان فی طهر واحد فولدت غلاما فاختلفا فیه، فسألت أم الغلام فزعمت أنهما أتیاها فی طهر واحد، فلا تدری أیهما أبوه، فقضی فی الغلام أنه یرثهما کلاهما و یرثانه سواء»

الذی لا ریب فی حمله علی التقیه.

إنما الإشکال فی الجمع بین کلمات الأصحاب فی المقام و فی بحث لحوق الأولاد، فإن ظاهرهم هنا عدم کونها فراشا، و أنه لا یلحقه الولد حتی یقر به، و فی ذلک المقام أنه یلحق به الولد علم إقراره به أو لا، نعم لو نفاه انتفی، و تظهر الثمره بالموت مثلا.

و قد أطنب فیه فی المسالک، و الذی استقر رأیه علیه بناء علی کون الأمه لیست فراشا أنا لا نحکم بلحوق الولد به إلا بإقراره، قال: «و أما ما ذکروه فی باب إلحاق الأولاد فهو منزل علی أن ذلک الحکم الذی یلزم المولی فیما بینه و بین الله تعالی، بمعنی أنه إذا وطأ الأمه وطءا یمکن إلحاق الولد به یجب علیه الاعتراف به و استلحاقه، و لا یجوز له نفیه عنه بتهمه أمه إلا علی تلک الروایه الشاذه، و أما بالنسبه إلینا فلا نحکم بإلحاقه به ما لم یعترف به حیث لا نجعلها فراشا، و هکذا القول فیما لو وطأها المولی و غیره، فإنه یحکم به للمولی دون الغیر إذا کان وطؤ مجوزا، و لکن بالنسبه إلینا لا نحکم به له إلا باعترافه به- هذا و قد حکی عن فخر المحققین أنه قال فی شرحه-: إن معنی کونها لیست فراشا أنه لا یلحق ولدها به إلا بإقراره به أو بوطئها و إمکان لحوقه به- قال-: و کأنه حاول بذلک الجمع بین حکم الأصحاب بکونها لیست فراشا مطلقا و بین حکمهم فی باب لحوق الأولاد بلحوق ولد الأمه بالمولی الواطئ، و أنه یلزمه الإقرار به حیث یمکن کونه منه، و أنه لو وطأها غیره ألحق به دون الغیر من غیر تقیید بإقراره به، فجعل مستند ذلک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۶.

الوطء الواقع من المولى، و أقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم كونه واطئا- ثم ضعفه- بأن إلحاقه به مع وطئه لها من لوازم الفراش كما سبق، فلو جعل مترتبا على عدمه لم يبق فرق بين الفراش و غيره، اللهم إلا أن يجعل الوطء الموجب للفراش كافيا فی إلحاق الولد بعد ذلك و إن لم يمكن استناده إلى ذلك الوطء الشخصی الثابت، كما هو أحد الاحتمالين فی المسأله، و يجعل هذا الوطء القائم مقام الإقرار هو الوطء الذی يمكن استناد الولد إليه، و مع ذلك ففيه مخالفه لما ذكره الجميع فی معنى الفراش، فإنهم أطبقوا على أن فائدته لحوق الولد به مع إمكانه و إن لم يعترف به، و عدم لحوقه بمن ليست فراشا إلا بإقراره، و الوجه أن الاكتفاء بالوطء فی هذا القسم ليس فی محله، و إنما محله على تقدير كونها فراشا، لأن الوطء حينئذ لا بد من العلم به ليتحقق به كونها فراشا كما قد تحقق» إلى آخر ما ذكره.

و فی الروضه بعد أن حكى الإجماع على انتفائه بنفيه قال: «إنما الخلاف فی أنه هل يلحق به بمجرد إمكان كونه منه و إن لم يقر به أم لا بد من العلم بوطئه و إمكان لحوقه به أو إقراره به، فعلى ما اختاره المصنف و الأكثر لا يلحق به إلا بالإقرار به أو وطئه و إمكان لحوقه به، و على القول الآخر لا ينتفی إلا بنفيه أو العلم بانتفائه عنه، و يظهر من العباره و غيرها من عبارات المحقق و العلامه أنه لا يلحق به إلا بإقراره به، فلو سكت و لم ينفه و لم يقر به لم يلحق به، و جعلوا ذلك فائده عدم كون الأمه فراشا بالوطء، و الذی حققه جماعه أنه يلحق به بإقراره أو العلم بوطئه و إمكان لحوقه به و إن لم يقر به، و جعلوا الفرق بين الفراش و غيره أن الفراش يلحق به الولد و إن لم يعلم وطؤه مع إمكانه إلا مع النفی و اللعان، و غيره من الأمه و المتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفی، و حملوا عدم لحوقه إلا بالإقرار على اللحوق اللازم، لأنه بدون الإقرار ينتفی بنفيه من دون لعان، و لو أقر به استقر، و لم يكن له نفيه بعده، و هذا هو الظاهر، و قد سبق فی أحكام الأولاد ما ينبه عليه، و لولا هذا المعنى لتنافى ما ذكروه هنا مع ما حكموا به فيما سبق من

لحوقه به بشرطه».

قلت: و حاصله هنا اختيار ما أنكر عليه في المسالك و لكن الإنصاف أن التأمل التام يقتضى أن مرادهم بعدم فراشيه الأمه هنا و إن اعترف بوطئها عدم كونها كالزوجه المدخول بها في الحكم بلحوق الولد بمجرد إمكان كونه منه و لا ينتفى عنه إلا باللعان، بل لا بد من الإقرار فيها بالولد أو بالوطء الذى يمكن تكون الولد منه، و لا يكفى كونها موطوءه له في الجمله، كما كان يكفى في لحوق ولد الزوجه مجرد كونها مدخولا بها مع إمكان كونه منه، لكونها فراشا بخلاف الأمه، فإنها ليست فراشا بهذا المعنى و إن حكم بلحوق الولد به بإقراره أو بالعلم بوطئه لها على وجه يمكن تكون الولد منه مع عدم العلم بوطء محترم لغيره، بل قد سمعت تقييد غير واحد له من الأصحاب بما إذا لم تكن هناك أماره يغلب الظن فيها أنه ليس منه، بل قد سمعت جمله من النصوص (۱)

الداله على عدم لحوقه به، و عدم نفيه مع اتهامه لها أو اتهام أهله أو خروجها في الحوائج و إن كان قد عرفت البحث فيها في كتاب النكاح و في المقام، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فالمراد أن اتفاق الأصحاب على الانتفاء بالنفى لا ينطبق إلا على عدم كون الأمه فراشا، و من هنا أشكل على العامه الحال، فإنهم بعد أن وافقوا على أن ولد ملك اليمين لا ينتفى باللعان اختلفوا في طريق نفيه لمن علم انتفاءه، فمنهم من سد الطريق عن نفيه نظرا إلى الولد للفراش، و ليس هناك طريق إلى النفى، و منهم من جوز نفيه باللعان للضروره حذرا من أن يكون أقوى من ولد الزوجه، و منهم من نفاه بيمينه.

و السبب الذى ألجأهم إلى ذلك تخيلهم كون الأمه فراشا، و لم يعلموا أنها ليست فراشا يقتضى لحوق الولد به كما يقتضى لحوق ولد الزوجه المحتاج نفيه إلى اللعان،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۵ و ۵۶ و ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح.

و إنمـا لحوقه به بالإقرار المفروض انتفاؤه، لأنه ناف له، و لا ينافى ذلك إلحاق الشارع الولـد به مع العلم بوطئه على وجه يمكن تكون الولـد منه، و لم يعلم وطء لغيره و لا تهمه، بـل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعـدم انتفائه عنه لو نفاه فى هـذا الحال، و إنما ينتفى عنه لو لم يعلم الحال، و يمكن أن يعلم بعدم تكونه منه لسـبق وطئه له على وجه لا يمكن تكونه منه، و حينئذ لا يلحق الولـد به إلا بإقراره، فإن نفاه انتفى عنه، بل لا يحكم بلحوقه به إذا لم نعلم وطءه لها على وجه يمكن تكون الولد منه و إن علمنا كونها موطوءه له سابقا على وجه لا يمكن تكون هـذا الولد منه، بخلاف الزوجه، فان احتمال وطئه لها كاف فى لحوق الولد بعد أن كانت مدخولا بها.

و لعله إلى ما ذكرنا يرجع ما سـمعت من كلام الفخر من أن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره أو بوطئها و إمكـان لحوقه به و إن اعترض عليه فى المسالـك بمـا سـمعت، بـل لا يخفى عليك دفعه بعـد الإحاطه بما ذكرنا، بل لعل التأمل الجيد فى كلامه يقتضى ما ذكرناه من أنه لا ينتفى حينئذ بنفيه فى الحالين المزبورين.

و من الغريب أنه فى المسالـك قـد اختار ما ذكرنا على تقـدير كون الأمه فراشا و لم يتنبه لـدفع أصل الإشـكال فيه، قال: «و على تقدير صيرورتها فراشا بالوطء هل يستمر لذلك ما دامت على ملكه أم يختص الحكم بالولد الذى يمكن تولده من ذلك الوطء خـاصه، حتى لو أتت بولـد بعـد أقصـى الحمـل من الوطء الـذى يثبت بـإقراره أو البينه لا يلحق به بـدون الإقرار به؟ وجهان من حصول شـرط الفراش و هو الوطء، فنزل منزله العقد الدائم على الحره، لأن وطء الأمه إما تمام السـبب للفراشـيه أو شرط فيها، و على التقـديرين حصل الفراش به كالعقـد، فيسـتمر الحكم حينئـذ كما اسـتمر حكم الفراش بالعقد، و لم يشترط بعد ذلك ظهور وطء يلحق به الولد، و من ضعف فراشيه الأمه و دلاله تلك النصوص (۱)

الموجبه لإلحاق الولد به على كونه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح.

مولودا فی وقت یمکن تخلقه من ذلک الوطء، فیبقی غیره علی الأصل، و لا إشکال فی انتفائه عنه بنفیه، و إنما تظهر الفائده لو لم ینفه، فهل یلحق به ظاهرا بمجرد الوطء السابق أم یتوقف علی الإقرار به؟ بنی علی الوجهین، و الأظهر الثانی».

قلت: ینبغی القطع به، إذ لا دلیل علی فراشیتها بالوجه الأول، و به یفرق بینها و بین الزوجه، بل به یرتفع الإشکال بین کلمات الأصحاب فی المقام و فی بحث لحوق الأولاد، بل بالتأمل یرتفع الإشکال فی النصوص (۱)

المزبوره، و حاصله أن المحتاج فی الإلحاق إلی إقرار هو الذی ینتفی بنفیه لو نفاه، و أما الذی یحلق به شرعا و لو لا اعترافه بالوطء الذی یمکن تکونه منه مع عدم العلم بوطء غیره و لا تهمه فلا ینتفی بنفیه بل یلحق به للنصوص (۲)

المزبوره الظاهره أو الصریحه فی عدم ترتب الانتفاء علی نفیه لعدم استطاعته نفیه فی الحال المزبور فهو ملحق به لذلک شرعا، لا لأنها فراش، إذ لا طریق إلی علمه بعدم تکونه منه لیصح له نفیه عنه فتأمل جیدا.

بل من التأمل فیما ذکرنا یعلم أن موضوع اللعان فی الزوجه مع عدم العلم بالحال، و إلا فمع العلم بالحال و أنه قد وطأها وطأ یصلح لتکون الولد منه لا یشرع له اللعان لنفیه، للحکم بلحوقه شرعا، و للنهی (۳)

عن نفیه، نعم لو لم یعلم الحال و کان إلحاقه به لقاعده الفراش التی یمکن علم الزوج بفسادها و لو للعلم بزمان وطیه الذی لا یصلح لتکون الولد منه یصح له حینئذ نفیه، و یشرع له اللعان، فتأمل جیدا، فان ذلک من أسرار الفقه.

هذا و لا یخفی علیک جریان ما ذکرناه فی الأمه فی المتمتع بها التی قد سمعت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۵ و ۵۶ و ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء من کتاب النکاح.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء من کتاب النکاح.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب المتعه من کتاب النکاح.

النص (۱)

و الفتوى على نفى اللعان فيها، و أنها بمنزله الإماء، بل الظاهر اتفاق الأصحاب على عدم كونها فراشا، لكن ينبغى أن يكون على نحو ما سمعته فى الأمه، و لا ينافى ذلك لحوق الولد به، للنصوص (۲)

التى هى أصرح من نصوص الأمه، بل فى

صحيح ابن بزيع (۳) منها «سأل رجل الرضا عليه السلام و أنا أسمع عن الرجل يتزوج المرأه متعه و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها، فتأتى بعد ذلك بولد، فينكر الولد، فشدد فى ذلك، و قال: يجحد و كيف يجحد؟ إعظاما لذلك الجحد»

و فى حسن ابن أبى عمير و غيره (۴)

«إن الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكر، و شدد فى إنكار الولد»

إلى غير ذلك من النصوص التى ذكرناها فى محلها التى هى صريحه فى لحوق الولد به مع وطئه لها وطءا يمكن تكون الولد منه، بل لعلها ظاهره فيما قلناه سابقا من عدم نفيه عنه لو نفاه عنه فى هذا الحال، نعم ينتفى عنه لو نفاه مع عدم العلم بالحال على الوجه الذى ذكرناه فى الأمه و كذا الكلام فى وطء الشبهه و الأمه المحلله و لكن الجميع على الوجه الذى قلناه فى الأمه، و قد تقدم منا فى بحث لحوق الأولاد ما يؤكد ذلك، فلاحظ و تأمل، فإنه دقيق جدا نافع للجمع بين النصوص و الفتاوى.

و كأنه تنبه له فى الجمله فى كشف اللثام فى بحث لحوق الأولاد، فإنه قيد عباره الفاضل فى القواعد التى هى: «و أما النكاح المؤجل فإذا اجتمعت الشروط الثلاثه لم يحل له نفيه، لكن لو نفاه» فقال: «من غير اعتراف بالشروط و لا علم انتفى من غير لعان» و هو كالصريح فى عدم الانتفاء مع الاعتراف بالشروط الثلاثه التى هى الوطء و تولده لسته أشهر فصاعدا و أن لا يتجاوز أقصى الحمل، و هذا بعينه الذى قلناه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب اللعان و الباب- ۴- من أبواب المتعه الحديث ۶ من كتاب النكاح.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب المتعه من كتاب النكاح.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب المتعه الحديث ۲ من كتاب النكاح.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب المتعه الحديث ۵ من كتاب النكاح.

فی الأمه التی من المعلوم عدم الفرق بینها و بین المتعه بالنسبه إلی ذلک نصا و فتوی.

بل من ذلک یعلم الوجه فی جمله من الکلمات حتی عباره اللمعه فی بحث لحوق الأولاد التی هی کالصریحه فی الانتفاء بنفیه و إن فعل حراما فی نفیه، لکن المراد منها و ما یشابهها أنه یفعل حراما فیما بینه و بین الله تعالی لو نفاه مع علمه باجتماع الشروط الثلاثه، و إن کنا نحن نحکم بظاهر نفیه، إذ لم یعترف هو بها و لا علم لنا بها.

کما أن منه یعلم الوجه فی قولهم ینتفی بالانتفاء الذی لم نقف علی خبر یدل علیه حتی من طرق العامه، مع أنه قد استفاض نقل الإجماع علیه، و لا وجه له إلا ما ذکرناه من أن المراد الانتفاء بنفیه حیث یحتاج اللحوق إلی إقرار و لم تکن هناک قاعده شرعیه تقتضیه، کما ذکرناه فی الصوره السابقه، فإنه ینتفی بالانتفاء حینئذ لعدم الإقرار، و فائده النفی حینئذ الحکم بانتفائه عنه و إن کان هو غیر لاحق له مع السکوت، و الله العالم.

[الركن الرابع فی کیفیه اللعان]

اشاره

الركن الرابع فی کیفیه اللعان و لا يصح إلا عند الحاكم أو منصوبه لذلك كما صرح به جماعه، بل عن موضع من المبسوط «لا يصح إلا عند الحاكم أو خليفته إجماعا» و عن موضع آخر «اللعان لا يصح إلا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه» و لعله لأنه شهاده أو يمين لا يسجل بهما إلا الحاكم، و إليه يرجع ما قيل من أنه حكم شرعی يتعلق به كيفيات و أحكام و هيئات، فيناط بالإمام و خليفته، لأنه المنصوب لذلك، و من أن الحد يقيمه الحاكم فكذا ما يدرؤه.

و فی

صحيح ابن مسلم (۱) سأل الباقر عليه السلام «عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الامام مستدبر القبله».

و صحيح البزنطی و حسنه (۲) سأل الرضا عليه السلام «كيف الملاعنه؟ فقال: يقعد الامام و يجعل ظهره إلى القبله، و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره»

الحديث.

و فی المرسل (۳) عن الصادق عليه السلام «و اللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالی: إنی رأيت رجلا مكان مجلسی منها، أو ينتفی من ولدها، فيقول: ليس منی، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالی».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللعان الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللعان الحديث ۵.

۳- ۳ المستدرك الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۳.

و فی آخر (۱)

«و الملاعنه أن یشهد بین یدی الإمام أربع شهادات»

الخبر.

و فی المرسل (۲)عنه علیه السلام أیضا و عن أمیر المؤمنین علیه السلام «إذا تلاعن المتلاعنان عند الامام فرق بینهما»

إلی غیر ذلک من النصوص الظاهره فی أنه من مناصب الامام و أنه من الحکومه التی هی له، کما أوضحنا ذلک کله فی کتاب القضاء.

و لکن مع ذلک قال المصنف و الفاضل فی القواعد و لو تراضیا برجل من العامه فلاعن بینهما جاز و نحوه عن المبسوط و الوسیله إلا أنهما لم یصرحا بکونه من العامه، بل زاد فی المبسوط «أنه یجوز عندنا و عند جماعه، و قال بعضهم لا یجوز» و هو مشعر بالاتفاق علی جوازه، و کأن ذلک مناف لما سمعته.

و من هنا قال فی کشف اللثام: «لعل الأول إذا لم یحصل التراضی بغیره، أو المراد بالحاکم الامام، و بخلفائه ما یعم الفقهاء فی الغیبه، و بمن تراضیا علیه الفقیه فی الغیبه، و لا یجوز عند کل من تراضیا عنده إلا إذا لم یکن حاکم أو منصوبه- قال-: و جعلهما فی المختلف قولین، و اختار عدم الجواز إلا عند الحاکم أو من ینصبه، و تردد فی التحریر».

و فی المسالک «و المراد بالرجل العامی الذی یتراضی به الزوجان الفقیه المجتهد حال حضور الامام لکنه غیر منصوب من قبله، و سماه عامیا بالإضافه إلی المنصوب، فإنه خاص بالنسبه إلیه- ثم قال-: و قد اختلف فی جواز اللعان به نظرا إلی أن حکمه یتوقف علی التراضی، و الحکم هنا لا یخص بالزوجین المتراضیین، بل یتعلق بالولد أیضا. فلا یؤثر رضاهما فی حقه إلا أن یکون بالغا و یرضی بحکمه، خصوصا لو اعتبرنا تراضیهما بعد الحکم، لأن اللعان لا یقع موقوفا علی التراضی، لأنه لازم بتمامه لزوما شرعیا، و الأظهر الصحه و لزوم حکمه من غیر أن یعتبر

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۱۲- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

رضاهما بعده».

قلت: و إلی ذلک أشار المصنف بقوله و یثبت حکم اللعان أی عند من تراضیا به بنفس الحکم منه مثل الامام، کما عن الخلاف و لعان المبسوط و قیل کما عن قضاء المبسوط یعتبر رضاهما بعد الحکم و هو واضح الضعف، و أضعف منه القول بنفوذ حکمه، مع أنک ستعرف فی کتاب القضاء تطابق النص (۱)

و الفتوی علی أن الحکومه منصب لهم علیهم السلام، و لا تکون إلا لهم أو لمن أذنوا له بها، و حکم المتراضیین به إنما هو من مسأله قاضی التحکیم التی أفرغنا الکلام فیها فی کتاب القضاء و إن کان لا یحسن التعبیر عنه برجل من العامه، لما سمعته فی کتاب القضاء من أنه القاضی الجامع لشرائط الحکومه عدا الاذن منهم. و علی کل حال فلا إشکال فی صحته فی زمن الغیبه عند الفقیه الجامع، لأنه منصوب منهم علی ما یشمل ذلک کما هو مفروغ منه، بل هو کذلک من حین صدور عباره النصب التی هی

قول الصادق علیه السلام (۲): «فانی قد جعلته حاکما»

فیندرج فیه ذلک الزمان الملحق بزمان الغیبه باعتبار قصور الید، و تفصیل هذه المباحث قد ذکرناه فی کتاب القضاء، فلاحظ و تأمل.

و صوره اللعان التی نطق بها الکتاب العزیز (۳) و السنه الکریمه (۴) و الفتاوی أن یشهد الرجل أولا- بالله أربع مرات أنه لمن الصادقین فیما رماها به من الزنا أو فی أن الولد لیس من مائه، فیقول: «أشهد بالله أنی لمن الصادقین فی ذلک» لکن ذکر غیر واحد أنه إذا أراد نفی الولد قال: «إن هذا الولد من زنا و لیس منی» بل عن التحریر زیاده «أنه لو اقتصر علی أحدهما لم یجز»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب صفات القاضی من کتاب القضاء.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی الحدیث ۱ من کتاب القضاء.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶ الی ۹.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان.

و فیه أنه لا- یتم إذا کـان اللعان لنفی الولـد خاصه من غیر قـذف بالزنا، إذ لا یختص اللعان فی دعوی الزوج کون الولـد من زنا، لإطلاق أدلته و إن اختص ظاهر الآیه (۱) فی القذف إلا أن السنه (۲)

مطلقه فی ثبوته فی الأعم من ذلک و لا تنافی بینهما، و لذا عد الأصحاب نفی الولد سببا مستقلا عن القذف، کما هو واضح.

ثم یقول الخامسه علیه لعنه الله إن کان من الکاذبین، ثم تشهد المرأه ثانیا بالله تعالی أربعا أنه لمن الکاذبین فیما رماها به فتقول:

«أشهد بالله أنه لمن الکاذبین فیما رمانی به من الزنا» ثم تقول الخامسه:

إن غضب الله علیها إن کان من الصادقین فیما رماها به من الزنا، و لا تحتاج هی إلی ذکر الولـد، لأن لعانها لا یؤثر فیه، و لکن لو تعرضت له لم یضر لتتساوی اللعنات و تتقابل.

[اللعان الواجب]

نعم یشـتمل اللعان علی واجب و منـدوب، فالواجب التلفظ بالشـهاده علی الوجه المـذکور بلا خلاف أجده بیننا، فلو أبدل صـیغه الشهاده بغیرها کقوله: «شهدت بالله» أو «أنا شاهد» أو «أحلف بالله» أو «أقسم» أو «أولی» أو أبدل لفظ الجلاله بالرحمن أو بالخالق و نحوه أو أبـدل کلمه الصدق أو الکذب بغیرهما و إن کان بمعناها أو قال: «إنی لصادق» أو «من الصادقین» بدون لام التأکید أو قال:

«إنها زنت» أو قالت المرأه: «إنه کاذب» أو «لکاذب» أو أبـدل اللعن بغیره و لو بلفظ الإبعاد و الطرد أو لفظ الغضب و لو بالسـخط أو أحـدهما بالاـخر لم یقع، لأنـه خلاف المنقول شـرعا، و الأصل عـدم ترتب أثر اللعان علی غیر موضع النص و الإجماع، بل لم أعـثر علی خلاـف عنـدنا فی شـی ء من ذلـک، نعم عن بعض العـامه جواز تغییر لفـظ «أشـهد» بمـا یفیـدها، و جواز إبـدال اللعن بالغضب و بالعکس.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴ و ۹- من کتاب اللعان.

و فی کشف اللثام «لعل تخصیص الألفاظ المعهوده علی النهج المذکور للتغلیظ و التأکید، فإن الشهاده تتضمن مع القسم الاخبار عن الشهود و الحضور، و التعبیر بالمضارع یقربه إلی الإنشاء، لدلالته علی زمان الحال، و لفظ اسم الذات المخصوص بها بلا شائبه اشتراک بوجه، و من الصادقین بمعنی أنه من المعروفین بالصدق، و هو أبلغ من نحو صادق، و کذا من الکاذبین، و لکن اختیار هذا الترکیب فی الخامسه لعله للمشاکله، لأن المناسب للتأکید خلافه، و تخصیص اللعنه به و الغضب بها، لأن جریمه الزنا أعظم من جریمه القذف».

قلت: لا یخفی علیک عدم اقتضاء ذلک الجمود المزبور، بل لا صراحه فی الکتاب و السنه بذلک، بل و لا ظهور، فان المنساق خصوصا من السنه إراده إبراز المعنی المزبور، و أن الکیفیه المخصوصه إحدی العبارات الداله علیه، بل لولا ظهور اتفاق الأصحاب لأمکن المناقشه فی بعض ما سمعته من الجمود المزبور و إن کان هو الموافق لأصاله عدم ترتب حکم اللعان، إلا أنه یمکن دعوی ظهور النصوص (۱)

فی خلاف الجمود المزبور، منها

الخبر المروی (۲) عن النبی صلی الله علیه و آله فی ملاعنه هلال بن أمیه، فإنه قال: «احلف بالله الذی لا إله إلا هو أنک لصادق».

و یجب أیضا أن یکون الرجل قائما عند التلفظ بألفاظه الخمس، و کذا المرأه وفاقا للمحکی عن المقنع و المبسوط و السرائر، لما عن الفقیه من أنه فی

خبر (۳)

«یقوم الرجل فیحلف- إلی أن قال-: ثم تقف المرأه فتحلف»

و للمحکی من فعل النبی صلی الله علیه و آله (۴)

«من أنه أمر عویمرا بالقیام، فلما تمت شهادته أمر امرأته بالقیام».

و قیل و القائل الأکثر کما فی المسالک قال: «و منهم الشیخ فی النهایه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث- ۳.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۹۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث- ۳.

۴- ۴ الدر المنثور ج ۵ ص ۲۳.

و المفید و أتباعهما و أکثر المتأخرین» یکونان جمیعا قائمین بین یدی الحاکم

لحسن ابن مسلم (۱) سأل الباقر علیه السلام «عن الملاعن و الملاعنه کیف یصنعان؟ قال:

یجلس الامام مستدبر القبله فیقیمهما بین یدیه مستقبلا بحذائه و یبدأ بالرجل ثم بالمرأه»

و صحیح ابن الحجاج (۲)

«إن عباد البصری سأل أبا عبد الله علیه السلام و أنا حاضر کیف یلاعن الرجل المرأه؟ فقال أبو عبد الله علیه السلام- و حکی قصه الرجل الذی جاء إلی النبی صلی الله علیه و آله و سلم و أخبره عن أهله، إلی أن قال-: فأوقفهما رسول الله صلی الله علیه و آله، ثم قال للزوج: اشهد»

إلی آخره.

و لعل اختلاف النصوص فی الکیفیه المزبوره مشعر بالندب، کما عن ابن سعید التصریح باستحبابه، بل عن الصدوق فی الهدایه عدم التعرض له کالمصنف فی النافع،

و فی المرسل (۳) عن الصادق علیه السلام أنه قال: «و السنه أن یجلس الامام للمتلاعنین و یقیمهما بین یدیه کل واحد منهما مستقبل القبله»

و لا ینافی ذلک

صحیح علی بن جعفر (۴) عن أخیه علیه السلام سأله «عن الملاعنه قائما یلاعن أو قاعدا؟ فقال: الملاعنه و شبهها من قیام»

مع إراده أن ذلک من السنه بمعنی الندب، لإطلاق الکتاب (۵) کیفیه الملاعنه من دون ذکر القیام، و لکن الاحتیاط بناء علی عدم اعتبار الاقتصار فی قیام أحدهما فی الکیفیه الأولی لا ینبغی ترکه.

و کذا یجب أن یبدأ الرجل أولا بالتلفظ علی الترتیب المذکور و بعده المرأه فلو بدأت المرأه باللعان لغا، لأنه خلاف الثابت من النص (۶)

و الفتوی، و لأن لعانها لإسقاط الحد عنها، کما هو مقتضی قوله تعالی (۷)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۳- ۳ المستدرک الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللعان الحديث ۶.

۵- ۵ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ إلى ۹.

۶- ۶ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ الى ۹ و الوسائل الباب- ۱- من كتاب اللعان.

۷- ۷ سوره النور: ۲۴- الآيه ۸.

«وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ» و هو إنما يجب بلعان الزوج، فما عن بعض العامه من جواز التقديم واضح الفساد كما عن بعض آخر منهم جواز تقديم اللعن أو الغضب على الشهاده، إذ هو مع أنه خلاف المعهود كتابا و سنه مناف للمعنى، ضروره أن المراد إن كان من الكاذبين فى الشهادات الأربع فلا بد حينئذ من تقديمها.

و كذا يجب أن يعينها بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها أو اسم أبيها أو صفاتها المميزه لها عن غيرها لأنه الثابت، نعم فى المسالك إن كان له زوجتان فصاعدا و إلا اكتفى بقوله: «زوجتى» لكن فى كشف اللثام «لعله لا يكفى التعبير عنها بزوجتى و إن لم يكن له فى الظاهر زوجه غيرها، لاحتمال التعدد، و لا ريب فى أنه أحوط إن لم يكن أظهر باعتبار كون الواقع فى الأدله المعينه، و لو كانت حاضره يتخير بين ذلك و بين الإشاره إليها» و فى المسالك «لو جمع بين الإشاره و التسميه كان أولى، لأن اللعان مبنى على التغليظ و الاحتياط، فيؤكد الإشاره بالتسميه» قلت: لكنه غير واجب قطعا.

و كذا يجب عليها تعيين الرجل و إن كان يكفى فيه «زوجى» لعدم احتمال التعدد.

و كذا يجب أن يكون النطق بالعربيه غير الملحونه مع القدره لأنه الثابت، بل قد عرفت اعتبار ذلك فى نحو المقام من العقود و الإيقاعات نعم يجوز بغيرها مع التعذر كما جاز فى غيرها للضروره و حصول الغرض من الأيمان، كما ذكرناه فى محله مفصلا.

و إذا كان الحاكم غير عارف بتلك اللغه افتقر إلى حضور مترجمين و لا يكفى الواحد و لا غير العدل كما فى سائر الشهادات، و لا يشترط الزائد فإن الشهاد هنا إنما هى على قولهما لا على الزنا، خصوصا فى حقها، فإنها تدفعه عن نفسها، خلافا لما عن بعض العامه فاشترط أربع شهود.

هذا و قد عرفت أنه تجب البدأه بالشهادات ثم باللعن، و فى المرأه يبدأ بالشهادات ثم بقولها إن غضب الله عليها.

و کـذا قـد عرفت أنه لو قال أحـدهما عوض أشـهد بالله: أحلف أو أقسم أو ما شاکله لم یجز فلا حاجه إلی إعادته، کما وقع من المصنف بعد أن ذکر ما یستفاد منه ذلک، و الأمر سهل.

لکن فی القواعـد زیاده «الموالاه بین الکلمات- أی الشـهادات فی الواجب و کـذا- إتیان کل واحد منهما باللعان بعد إلقائه- أی الحاکم- علیه، فلو بادر به قبل أن یلقیه علیه الامام لم یصح».

و کان الوجه فی الأول الاقتصار أیضا فیما خالف الأصل علی الواقع بحضرته صلی الله علیه و آله (۱)

مما لم یتخلل بینها فصل طویل، و فی کشف اللثام «و لأنها من الزوج بمنزله الشهادات، و یجب اجتماع الشـهود علی الزنا، و لوجوب مبادره کل منهما إلی دفع الحد عن نفسه، و نفی الولـد إن کان منتفیا- لکن قال-: لم أر غیره من الأصحاب ذکره، و للشافعیه فی وجوبها وجهان».

و أما الوجه فی الثانی فالأخبار المبینه لکیفیه اللعان (۲)

فإنها تضـمنت ذلـک، و لأن الحـد لا یقیمه إلا الحاکم فکـذا ما یـدرؤه، مضافا إلی أنه کالیمین فی الـدعاوی التی لو حلف قبل الإحلاف لم یصح، کما بیناه فی محله.

[اللعان المندوب]

و الندب أن یجلس الحاکم مستدبر القبله و أن یقف الرجل عن یمینه و المرأه و الصبی عن یمین الرجل لما رواه

البزنطی (۳) عن الرضـا علیه السـلام قـال: «أصـلحک الله تعالی کیف الملاعنه؟ قال یقعـد الامام علیه السـلام، و یجعل ظهره إلی القبله، و یجعل الرجل عن یمینه و المرأه و الصبی عن یساره»

و محمد بن مسلم (۴)

«سألت أبا جعفر علیه السـلام عن الملاعن و الملاعنه کیف یصنعان؟ قال: یجلس الامام مستدبر القبله، فیقیمهما بین یدیه مستقبل القبله بحذاه، و یبدأ بالرجل ثم بالمرأه»

و لعل المراد بیسار الإمام فی الأول جهه یساره التی هی جهه یمین الرجل، و لذا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللعان الحديث ۴.

ذکره الأصحاب دلیلاـ علی الحکمین، نعم فی المسالک «لیس فی الروایه أن الزوجین مستقبلان، و کذلک أطلق المصنف و جماعه» قلت: و لکن نص علیه فی الصحیح الآخر (۱)

و الأمر سهل، لأن الحکم استحبابی یتسامح فیه.

و من الندب أیضا أن یحضر من یسمع اللعان جماعه غیر الحاکم من الأعیان و الصلحاء، فان ذلک أعظم للأمر، و لیعرف الناس ما یجری علیهما من التفریق المؤبد أو حکم القذف أو ثبوت الزنا، و لما روی من أنه حضره علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله جماعه من أصحابه، منهم ابن عباس و ابن عمر و ابن سهل بن سعید (۲) بل قیل: هم من أحداث الصحابه، و العاده جاریه علی عدم حضور الصغار وحدهم، و قیل أیضا: أقل ما یتأدی به الوظیفه أربعه نفر، فان الزنا یثبت بهذا العدد، فیحضرون لإثباته و إن کان لم أقف له علی دلیل، إلا أن الأمر سهل فی المندوبات و الآداب و الوظائف.

و منه أیضا أن یعظه الحاکم و یخوفه بعد الشهادات قبل ذکر اللعن، و کذا فی المرأه قبل ذکر الغضب بتخویفهما یذکر أن عذاب الآخره أشد من عذاب الدنیا، و یقرأ علیهم «الَّذِینَ یَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ أَیْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِیلًا» (۳) و فی

خبر عباد البصری (۴) عن الصادق علیه السلام «إن رسول الله صلی الله علیه و آله قال للرجل بعد الشهادات الأربع: اتق الله فإن لعنه الله شدیده- ثم قال-: اشهد الخامسه- إلی إن قال-: ثم قال صلی الله علیه و آله للامرأه بعد الشهادات الأربع: أمسکی، فوعظها و قال: اتق الله فان غضب الله شدید، ثم قال: اشهدی الخامسه»

إلی آخره.

و قد یغلظ اللعان بالقول بذکر أسماء الله تعالی المؤذنه بالانتقام و بالعظمه و الهیبه و المکان بأن یلاعن بینهما فی البقاع المشرفه، مثل ما بین الرکن و المقام

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۴.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۹۴ و ۳۹۹ و فیه سهل بن سعد.

۳- ۳ سوره آل عمران: ۳- الآیه ۷۷.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

- أی الحطیم- إن کان فی مکه، و فی المسجد عند الصخره إن کان فی بیت المقدس، و عند قبر رسول الله صلی الله علیه و آله إن کان فی المدینه، و عند المکان المعروف بالإصبعین فی مشهد أمیر المؤمنین علیه السلام قریبا من مکان رأسه المعظم، و فی باقی المشاهده المشرفه و المساجد المعظمه، نحو مسجد الکوفه و مسجد سهیل و مسجد براثا و غیرها من المساجد المعلومه و الزمان کیوم الجمعه بل بعد العصر منه المفسر به (۱) قوله تعالی (۲) «تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاهِ فَیُقْسِمانِ بِاللَّهِ» و یوم القدر و نحوهما من الأزمنه المعظمه ما لم یستلزم التراخی فی ذلک، و ستعرف فی باب القضاء استحباب التغلیظ للحاکم فی الیمین الذی منه ذلک، بل ستعرف رجحان التغلیظ بین أهل الذمه فی أماکنهم المعظمه عندهم من بیعهم و کنائسهم، بل لا یبعد ذلک أیضا بین المجوس و غیرهم فی بیوت النیران و الأصنام، لمکان تعظیمهما عندهم و إن توقف فیه بعض الشافعیه، لکنه فی غیر محله.

و لکن من المعلوم أنه إنما یجوز اللعان فی المساجد و الجوامع إذا لم یکن هناک مانع من الکون فی المسجد کالجنابه و الحیض فإذا اتفقت المرأه حائضا أنفذ إلیها الحاکم من یستوفی الشهادات منها و لا یشترط فیه الاجتهاد و أولاه عند باب المسجد، لأنه أنسب بالتغلیظ.

و کذا لو کانت غیر برزه و لا معتاده الحضور لجامع الرجال و لو لشرفها لم یکلفها الخروج من منزلها و جاز استیفاء الشهادات علیها فیه نحو غیر یمین اللعان من الأیمان فی الدعاوی، إذ المقام فرد منها، فلاحظ ما ذکرناه فی کتاب القضاء من وجه ذلک و کیفیته، لتکون علی بصیره من ذلک و من غیره مما لا یخفی علیک جریانه فی المقام الذی ذکرنا غیر مره أنه فرد من أفراده.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من کتاب الوصایا الحدیث ۶ و المستدرک الباب- ۲۰- منه الحدیث ۱ و الفقیه ج ۴ ص ۱۴۲.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۱۰۶.

و هل اللعان يمين أو شهاده؟ قال الشيخ و تبعه جماعه منهم الفاضل فى القواعد اللعان أيمان و ليس شهادات، و لعله نظر إلى اللفظ، فإنه بصوره اليمين فان قوله «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ» و قولها «بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكاذِبِينَ» كالصريح فى ذلك، و إلى صحته من الفاسق و الذكر و الأنثى، و إلى

قول النبى صلى الله عليه و آله لهلال بن أميه (۱): «احلف بالله الذى لا إله إلا هو أنك لصادق»

و إلى

قوله صلى الله عليه و آله (۲) بعد التلاعن: «لو لا الأيمان لكان لى و لها شأن»

و إلى أن كلا منهما يلاعن نفسه و لم يعهد شهاده أحد لنفسه، و إلى أنه لا معنى لكونه من المرأه شهاده فكذا منه، و إلى استحباب التغليظ فيه المعلوم كونه من أحكام اليمين، و إلى غير ذلك مما هو من خواصه دون الشهاده.

خلافا للمحكى عن أبى على بل ربما استظهر من المصنف أيضا لكثره إطلاقه عليه الشهاده، و نسبته القول بكونه يمينا إلى الشيخ، بل عن الفاضل فى المختلف التصريح باختياره، لظاهر قوله تعالى (۳) «فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ» إلى آخر الآيه التى أطلق عليه فيها لفظ الشهاده فى خمسه مواضع، و كنى عنها فى موضعين، و ل

قول النبى صلى الله عليه و آله (۴) للرجل: «اشهد أربع شهادات- و للمرأه- اشهدى»

و لقول الصادق عليه السلام (۵): «إن عليا عليه السلام قال: ليس بين خمس نساء و بين أزواجهن ملاعنه- إلى أن قال-: و المجلود فى الفريه، لأن الله تعالى يقول (۶) وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً»

و لأنه يعتبر فيه التصريح بلفظ الشهاده، و لأنه به يدرأ عنه و يثبت به عليها كالبينه، بخلاف اليمين فإنها لا تدخل فى الحدود، و لأنه إذا امتنع من اللعان ثم رغب فيه يمكن منه كمن امتنع من إقامه البينه ثم أراد إقامتها، و الناكل عن

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۹۵.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۹۵.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب اللعان الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب اللعان الحديث ۱۲.

۶- ۶ سوره النور: ۲۴- الآيه ۴.

اليمين لا يعود إليها.

و لأن

محمد بن سليمان (۱) سأل الجواد عليه السلام «كيف صار الزوج إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات بالله؟ و كيف لا يجوز ذلك لغيره؟ و صار إذا قذفها جلد الحد، و لو كان ولدا أو أخا فقال عليه السلام: قد سئل جعفر عليه السلام عن هذا فقال: ألا ترى أنه إذا قذف الزوج امرأته قيل له: و كيف علمت أنها فاعله؟ قال:

رأيت منها ذلك بعينى كانت شهادته أربعا، و ذلك أنه قد يجوز الرجل أن يدخل المدخل فى الخلوه التى لا يصلح لغيره أن يدخلها و لا يشهدها ولد و لا والد فى الليل و النهار، فلذلك صارت شهادته أربعا إذا قال رأيت ذلك بعينى و إذا قال: لم اعاينه صار قذفا و ضرب الحد، إلا أن يقيم عليها البينه، و إن زعم غير الزوج إذا قذف و ادعى أنه رآه بعينه قيل له: و كيف رأيت ذلك؟ و ما أدخلك ذلك المدخل الذى رأيت فيه هذا وحدك؟ أنت متهم فى دعواك، فان كنت صادقا فأنت فى حد التهمه، فلا بد من أدبك بالحد الذى أوجبه الله عليك، قال: و إنما صارت شهاده الزوج أربعا لمكان الأربعه شهداء مكان كل شاهد يمين».

إلا أن الجميع كما ترى، بل ذيل الخبر المزبور صريح فى كونه يمينا، و من الجائز أن لفظ الشهاده فى هذه الجمل حقيقه عرفيه أو مجاز مشهور فى اليمين و لا بعد، لمخالفته لسائر الأيمان فى بعض الأحكام، بل قيل: إن خبر النفى عن الخمس مع الضعف ليس نصا فى كون اللعان شهاده، بل الذى ينص عليه أنه لا يقبل منه الشهاده عليها بالزنا و إن أكده باللعان على أنه غير معمول عليه فى ذلك، و كأن التأمل الجيد يقتضى عدم ثمره لهذا الاختلاف بعد فرض عدم جريان جميع أحكام اليمين و أحكام الشهاده عليه، فلا بأس بالقول بأنه شهاده من جهه و يمين من أخرى،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب اللعان الحديث ۵ مع الاختلاف فى اللفظ و ذكره بعينه فى الكافى ج ۷ ص ۴۰۳.

بل لعل الغالب علیه جهه الیمینیه، و الأمر سهل.

[أحکام اللعان]

[المسأله الأولی یتعلق بالقذف وجوب الحد فی حق الرجل]

و أما الکلام فی أحکامه فتشتمل علی مسائل

الاولی: لا خلاف بیننا و لا إشکال فی أنه یتعلق بالقـذف من الرجل وجوب الحـد علیه فی حق ه أی الرجل، لإطلاق الأدله کتابا (۱) و سنه (۲)

و لاـ یتعین علیه اللعـان عینا نعم بلعانه یثبت سـقوط الحـد فی حقه و وجوب الحـد فی حق الامرأه، لأنه بمنزله إقامه البینه، و لکن یسقطه عنها لعانها، کما هو مقتضی قوله تعالی (۳) «وَ یَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ» الظاهر فی إراده الحد من العذاب لا الحبس، کما عن أبی حنیفه، فقـال: «إن قـذف الزوج لاـ یوجب الحـد علیه و لکن یوجب اللعان، و مع امتناعه یحبس حتی یلاعن و حینئـذ فاللعان عقوبه قـذفه دون الحـد، و کـذلک المرأه لاـ تحـد بلعانه، بل تحبس حتی تلاعن» و هو مع منافاته لظاهر آیه القـذف (۴) و قوله تعالی (۵) «یَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ» فی آیه اللعان مناف أیضا

للنبـوی المروی فی طرقهم (۶) إنه قـال لهلال لما قـذف زوجته: «البینه أو حـد فی ظهرک فقال هلال: و الـذی بعثک بالحق إنی لصادق، و لینزلن الله ما یبرئ ظهری من الحد، فأرسل إلیها»

إلی آخره.

و کیف کان مع لعانهما (۱۱) یتعلق ثبوت أحکام أربعه سقوط الحدین و انتفاء الولد عن الرجل دون المرأه (۱۲) إن تلاعنا لنفیه و زوال الفراش

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب حد القذف من کتاب الحدود.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآیه ۸.

۴- ۴ سوره النور: ۲۴- الآیه ۴.

۵- ۵ سوره النور: ۲۴- الآیه ۸.

۶- ۶ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۹۵ و ۳۹۴.

و التحریم المؤبد بلا خلاف و لا إشکال فی شی ء منها عندنا نصا (۱)

و فتوی، خلافا لبعض العامه، فنفی تأبد التحریم، و قال: لو أکذب نفسه کان له أن یجدد نکاحها، بل عن بعض العامه قول ببقائهما علی الزوجیه، و النص (۲)

من طرقنا و طرقهم حجه علیهما، نعم قیل: یمکن إرجاع الأحکام الأربعه إلی ثلاثه، لأن زوال الفراش یدخل فی التحریم المؤبد، و فیه أن التحریم المؤبد قد یجامع الفراش کالمفضاه، و الأمر سهل.

و لا خلاف عندنا أیضا کما لا إشکال فی أن هذه الفرقه تحصل ظاهرا و باطنا، سواء کان الزوج صادقا أو هی صادقه، خلافا لأبی حنیفه، فحکم بعدم حصولها باطنا مع صدقها، و هو واضح الضعف.

و من المعلوم أیضا أن الولد بعد اللعان لا یدعی لأبیه، و لکن لا یرمی بأنه ابن زنا، و فی

حدیث ابن عباس (۳)

«أن النبی صلی الله علیه و آله لما لاعن بین هلال و امرأته فرق بینهما، و قضی لا یدعی ولدها لأب و لا یرمی ولدها، و متی رماها أو رمی ولدها فعلیه الحد- قیل-: و کان بعد ذلک أمیرا علی مصر و ما یدعی لأب»

و سأل الصادق علیه السلام أبو بصیر (۴)

«عن المرأه یلاعنها زوجها و یفرق بینهما إلی من ینسب ولدها؟ فقال: إلی امه»

إلی غیر ذلک من النصوص (۵)

.

و لو کان الزوج عبدا و شرط مولاه رقیه الولد من زوجته الحره و قلنا بصحه الشرط ففی حریته لو لاعن الأب لنفیه إشکال، من انتفائه عنه شرعا من أنه حق لغیر المتلاعنین، فلا یؤثر فیه اللعان مع ثبوت حکم الفراش ظاهرا، و کذا الإشکال فی العکس، أی فیما إذا کانت الزوجه أمه و الزوج حرا بغیر شرط الرقیه، من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱ و غیره- من کتاب اللعان.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب اللعان و سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۰۹ و ۴۱۰.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۹۴ و ۳۹۵ و ۴۰۲ و ۴۱۰.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۴- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٦- من كتاب اللعان.

انتفائه عنه شرعا مع كونه نماء مملوكته، فيكون رقا لمالكها، و من أن اللعان إنما أثر فى انتفاء نسبه من الملاعن، و أما تأثيره فى الحريه التى هى حق الله تعالى و حق الولد فغير معلوم مع تغليب الحريه، و لعل الأقوى الأول فيهما.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرنا أنه لو أكذب نفسه فى أثناء اللعان أو نكل و لو بكلمه واحده ثبت عليه الحد و لم يثبت عليه الأحكام الباقيه التى علم أنها مترتبه على اللعان الذى لا يتحقق إلا بإكماله، فبدونه لا يثبت شى ء منها، للأصل.

و كذا لو نكلت هى أو أقرت رجمت لأنها محصنه إذا كان قد قذفها بالزنا، أما إذا لاعنها لنفى الولد بلا قذف لم يثبت الحد عليها إلا أن تقر بموجبه.

و فى الأول سقط الحد عنه بلعانه و لم يزل الفراش و لا يثبت التحريم مع فرض إقرارها أو نكولها و لو بكلمه واحده بلا خلاف و لا إشكال فى شى ء من ذلك نصا و فتوى، ف

فى حسن الحلبى (۱)عن الصادق عليه السلام «إن أقر على نفسه قبل الملاعنه جلد حدا و هى امرأته»

و فى خبر على بن جعفر (۲) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات ثم نكل فى الخامسه، قال: إن نكل عن الخامسه فهى امرأته و يجلد، و إن نكلت المرأه عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك»

إلى غير ذلك من النصوص (۳)

و لا يحتاج فى رجمها إلى إقرارها أربعا بعد لعانه الذى هو كإقامه البينه عليها، فمع فرض نكولها عن اللعان لم يسقط الحد عنها الثابت بلعانه، نعم لو أقرت قبل لعانه اعتبر كونه أربعا كغيره من الإقرار بالزنا، كما هو واضح.

و لو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد بلا خلاف فيه نصا (۴)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب اللعان الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب اللعان الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب اللعان.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب اللعان.

و فتوی، لکن فیما علیه لا فیما له، لإقراره أولا بالانتفاء منه، و لذا یرثه الولد و لا یرثه الأب و لا من یتقرب به، و ترثه الأم و من یتقرب بها کما بینا ذلک کله مفصلا فی کتاب المیراث الذی وفق الله لإتمامه قبل المقام، فلاحظ و تأمل.

و علی کل حال لم یعد الفراش بالإکذاب المزبور و لم یزل التحریم بلا خلاف نصا (۱)

و فتوی بل و لا إشکال استصحابا لحکم اللعان.

و لکن هل علیه الحد؟ فیه روایتان:

ففی

صحیح الحلبی (۲) عن الصادق علیه السلام «فی رجل لاعن امرأته و هی حبلی قد استبان حملها و أنکر ما فی بطنها فلما وضعت ادعاه و أقر به و زعم أنه منه فقال:

یرد علیه ابنه و یرثه و لا یجلد، لأن اللعان قد مضی».

و فی صحیحه الآخر (۳) عنه علیه السلام أیضا «سألته عن رجل لاعن امرأته و هی حبلی قد استبان حملها فأنکر ما فی بطنها فلما وضعت ادعاه و أقر به و زعم أنه منه فقال: یرد إلیه ولده و یرثه، و لا یجلد، لأن اللعان قد مضی بینهما».

و فی خبره الآخر (۴) عنه علیه السلام أیضا «فی رجل لاعن امرأته و هی حبلی ثم ادعی ولدها بعد ما ولدت و زعم أنه منه، قال: یرد علیه الولد، و لا یجلد، لأنه قد مضی التلاعن».

و فی خبر محمد بن فضیل (۵) سأل الکاظم علیه السلام «عن رجل لاعن امرأته و انتفی من ولدها ثم أکذب نفسه هل یرد علیه ولده؟ قال: إذا أکذب نفسه جلد الحد و رد علیه ابنه، و لا ترجع إلیه امرأته».

أظهرهما أنه لا حد وفاقا للمحکی عن الشیخ فی النهایه و التهذیب،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللعان.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللعان الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللعان الحدیث ۶.

و خلافا له فی محکی المبسوط و المفید فی محکی المقنعه و للفاضل فی القواعد و شارحه الأصبهانی و ثانی الشهیدین فی المسالک، قالوا: لما فیه من زیاده هتکها و تکرار قذفها و ظهور کذب لعانه، مع أنه یثبت علیه الحد بالقذف، فیستصحب إلی أن یعلم المزیل، و لا یعلم زواله بلعان ظهر کذبه، و الأخبار الأوله إنما نفت الحد إذا أکذب نفسه فی نفی الولد دون القذف، و الحد إنما یجب إذا أکذب نفسه فیما رماها به من الزنا، کما عن صریح المبسوط.

إلا أن الجمیع کما تری، ضروره أن إکذاب نفسه تنزیه لها لا زیاده هتک و تکرار قذف، و إطلاق أدله اللعان فضلا عن الأوله مقتض لسقوط الحد، فلا معنی لاستصحابه، بل المتجه استصحاب العکس، و تعلیل عدم الجلد فی الصحیح المزبور کالصریح فی أن لعانه کان بالقذف، و نفی الولد و إن کان من المذکور فیه الأخیر کالخبر المعارض المعلوم قصوره عن المعارضه سندا و عددا، خصوصا مع ملاحظه قاعده درء الحد و الاستصحاب و عدم تجدد قذف منه بالإکذاب، و الأول قد سقط باللعان.

و من الغریب ما فی المسالک، حیث اقتصر علی ذکر الخبر الثالث دلیلا للقول بالسقوط راویا لمتنه بدل «و لا یجلد» «و لا تحل له أبدا، لأنه قد مضی التلاعن» ثم رجح خبر ابن الفضیل علیه بأنه ناص علی الحد، بخلاف خبر الحلبی الذی لم یتعرض فیه لذلک، ثم قال: «مع أن فی طریق الروایتین من هو مشترک بین الثقه و الضعیف، و إنما نجعلها شاهدا علی ما اخترناه بالوجه العام» أی الذی ذکرناه أولا، و قد عرفت ما فیه، مع أن فی روایات الحلبی الصحیح الصریح فی نفی الحد المؤید بالاستصحاب و التعلیل و قاعده درء الحد و إطلاق أدله اللعان و غیر ذلک مما لا یصلح الخبر المزبور الضعیف معارضا له، فلا بد من طرحه أو تأویله بما لا ینافی ذلک من الإکذاب قبل إکمال اللعان کما عن الشیخ، و إن کان هو مناف لما فیه من عدم رجوع الامرأه أو غیر ذلک، و الله العالم.

و لو اعترفت هی بعد اللعان بأن أکذبت نفسها لم یعد شیئا من

أحكام اللعان التی ثبتت به، و لم یجب علیها الحد بذلک إجماعا کما فی المسالک، لما قیل من أن حد الزنا لا یثبت علی المقر إلا أن یقر به أربع مرات.

و من هنا قال المصنف و غیره لم یجب علیها الحد بذلک إلا أن تقر به أربع مرات بل و فی وجوبه معها تردد من اندفاعه باللعان، و من فحوی ما سمعته فی إکذاب نفسه، و التعلیل فی النصوص (۱)

السابقه بأن اللعان قد مضی و لذلک کان خیره النهایه و السرائر و الجامع و غیرها، و من عموم إیجاب الإقرار أربعا له، و ظهور کذبها فی اللعان، و لذلک کان خیره ثانی الشهیدین و الفاضل الأصبهانی، بل حکاه الأول عن الشیخ فی النهایه و أتباعه و ابن إدریس و العلامه، بل نسبه إلی الأشهر و إن کنا لم نتحقق شیئا من ذلک، و کان الذی دعاهما إلی اختیاره اختیارهما وجوب الحد علی الرجل إذا أکذب نفسه، و قد عرفت ضعفه.

و منه یعلم أن الأقوی سقوطه هنا و إن أقرت به أربعا، لما عرفته هناک، بل کان المتجه علی قولهم ثبوت الحد علیها باعترافها الأول، لأنه مقتض لفساد لعانها باعترافها بکذبه، فبقی ما اقتضاه لعان الزوج من وجوب الحد علیها بلا معارض، بل تکون حینئذ کما لو نکلت، و قد عرفت أنه خلاف الإجماع، و هو مؤید آخر للحکمین.

و لو عاد الرجل بعد أن أکذب نفسه و قال: لی بینه أقیمها أو ألاعن ثانیا لم یسمع منه فی سقوط الحد عنه بناء علی ثبوته علیه، لأن البینه و اللعان لتحقیق ما قاله، و قد أقر بکذب نفسه، و العقلاء مؤاخذون بإقرارهم، و البینه إنما تسمع إذا لم یکذبها قولا أو فعلا.

و لو اعترف بالولد بعد موته لم یرث منه، کما لو اعترف به فی حیاته ثم مات، لما عرفت من عدم إفاده هذا الاعتراف فی حق الولد شیئا، لکن لو کان للولد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب اللعان.

ولد ورث الجد الملاعن إذا لم يكن أقرب منه، و لا يرث هو ابن الابن، كما لا يرث الابن، خلافا لأبی حنیفه.

و لو أقام بینه ثم أكذبها ففی توجه الحد علیه نظر، من إقراره بكذبه الموجب للحد، و من ثبوت صدقه عند الحاكم بالبینه، و لعل الأول أقوى.

و لو لم یكذب نفسه و لا لاعن ثبت علیه الحد، فإن أقیم بعضه فبذل اللعان أجیب إلیه، فإن الحد یدرأ بالشبهه، و كما أن اللعان یدرأ التمام فالبعض اولى، مضافا إلى إطلاق أدلته.

[المسأله الثانیه إذا انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان]

المسأله الثانیه:

إذا انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان بأن اعتقل لسانه و عجز عن الكلام لمرض و غیره فان كان لا یرجى زواله فلا ریب فی أنه حینئذ صار كالأخرس لعانه بالإشاره بل فی المتن هو كذلك و إن لم یحصل الیأس منه، لحصول العجز فی الحال، و حد القذف مضیق و ربما یموت، و یلحق به نسب لیس منه، و ذلك ضرر، و یحتمل انتظار زواله، للشك فی الاكتفاء بالإشاره عن التصریح بالكلمات، و الأصل عدم ترتب حكم اللعان علیها.

[المسأله الثالثه إذا ادعت أنه قذفها بما يوجب اللعان]

المسأله الثالثه:

إذا ادعت أنه قذفها بما يوجب اللعان فسكت فأقامت عليه البينه ففى المسالك «له أن يلاعن، و لم يكن السكوت إنكارا للقذف و لا تكذيبا للبينه فى الحقيقه، و لكنه جعل كالإنكار فى قبول البينه، و إذا لاعن قال: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما أثبت على من رميى إياها بالزنا» و فيه أن المذكور فى كتاب القضاء إلزامه بالجواب، فان امتنع حبس حتى يجيب، و ظاهرهم هناك عدم قيام البينه قبل حصول الجواب منه، فدعوى أن السكوت مطلقا كالإنكار فى قبول البينه ممنوعه، و مع التسليم فالصدق مطابقه خبره للواقع لا ما قامت عليه البينه، و إلا لصح ذلك منه حتى مع الإنكار، بأن يقول: إنى لمن الصادقين فيما قامت به البينه على، لا أقل من الشك فى حصول شهاده اللعان الذى هو خلاف الأصل فى الفرض فتأمل جيدا.

و كيف كان ف إن أنكر فأقامت عليه البينه ففى المتن لم يثبت اللعان و تعين الحد، لأنه يكذب نفسه لكن فى القواعد و شرحها و المسالك له اللعان إن أظهر لإنكاره تأويلا، كأن يقول: «إنى كنت قلت لها زنيت و بذلك شهد الشاهدان و لكنه ليس بقذف، لأنى صدقت فى ذلك و إنما أنكرت أنى قذفتها- أى القول المزبور- كاذبا».

و فيه أنه خلاف ظاهر اللفظ الذى يجب الأخذ به فى ترتب الحكم الشرعى، و مجرد كونه محتملا لا ينافى الظهور المعتبر، و قد اعترف بذلك فى المسالك، حيث قال: «و الوجه أنه إن ظهر لإنكاره هذا التأويل و نحوه من التأويلات المحتمله قبل،

و إلا فلا، لأنه خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفى فى نفيه مجرد الاحتمال». و لا يخفى عليك ما فيه ضروره أن المفروض مما نفاه، إذ دعوى أنه غير مناف للظاهر كما ترى.

نعم قد يقال: إن هذا بمنزله إنشاء القذف الجديد الذى صرح فى القواعد و غيرها أن له اللعان به، و يسقط الحد عنه و إن كانت صادقه فى دعواها، لأن من كرر قذف امرأته كفاه لعان واحد.

و لعل إطلاق المصنف منزل على الإنكار المقتضى لبراءتها، فإنه حينئذ لا يصح له اللعان المنافى لما اعترف به من عفتها، بل ليس له أن يقيم البينه و الحال هذه، لأنه كذب الشهود باعترافه ببراءتها، بل ليس له إنشاء قذف جديد لذلك أيضا، نعم لو مضت مده يمكن زناها فيها صح منه اللعان حينئذ به، لكن فى سقوط حد القذف الذى قامت به البينه وجهان، من أن قوله: «ما زنيت» يمنع من صرفه إلى الأول، و من إطلاق سقوط الحد باللعان الواحد القذف المتعدد و إن كان الأقوى الأول.

[المسأله الرابعه إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنا]

المسأله الرابعه:

إذا قذف امرأته برجل على وجه نسبهما إلى الزنا بأن قال: «زنيت بفلان» كان عليه حدان، لأنه قذف لهما، نعم بناء على ما سيأتى إنشاء الله فى الحدود من أنه إن كان القذف متعددا بلفظ واحد يتداخل الحدان، و يكتفى بحد واحد لهما مع الاجتماع فى طلبه، و أما مع التفرق فلكل حد، و ما نحن فيه من أفراد تلك المسأله فحينئذ إن جاءا به مفترقين فلا إشكال فى تعدد الحد.

و لكن له إسقاط حد الزوجه باللعان دون حده و إن جاءا به مجتمعين، فان لاعن الزوجه سقط حدها و بقى حد الرجل أيضا، لأن التداخل إنما هو إذا حصل حد و لم يحصل، فكان كما لو لم يطلبه، نعم إن لم يلاعن و حد لها تداخل الحدان بناء على القاعده المزبوره، و إن أطلق المصنف هنا، إلا أنه لا يأبى تنزيله عليها، و لا فرق عندنا فى عدم سقوط حد الرجل بين ذكره فى شهادات اللعان و عدمه، لأن اللعان بالنسبه إلى إسقاط حد القذف مختص بالزوجه.

خلافا لبعض العامه، فأسقط حده مع ذكره فى لعانها، لأن اللعان حجه فى ذلك الزنا فى طرف المرأه، فكذا فى طرف الرجل، لأن الواقعه واحده، و قد قامت فيها حجه مصدقه، و فيه أن اللعان إنما هو حجه على قذف الزوجه كما تضمنته الآيه (۱) لا على قذف غيرها، فيبقى حكم قذفه على الأصل. نعم لو كان له بينه سقط الحدان لأنها حجه مطلقا.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ إلى ۹.

[المسأله الخامسه إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزمها الحد إن أقرت أربعا]

المسأله الخامسه:

إذا قذفها فأقرت قبل اللعان قال الشيخ: لزمها الحد إن أقرت أربعا لما تسمعه فی الحدود إنشاء الله و لكن سقط الحد عن الزوج و لو أقرت مره لاعترافها بعدم الإحصان. و لو كان هناك نسب لم ينتف إلا باللعان، و كان للزوج أن يلاعن لنفيه، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفی النسب، إذ هو ثابت بالفراش و هو جيد مطابق للقواعد العامه.

و لكن فی المتن و تبعه الفاضل فی القواعد فی اللعان تردد و جعله فی المسالک مما سمعت و من أن اللعان غير متصور، لأن الزوجه لا يمكنها أن تقول أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فی نفی الولد عنه مع تصديقها إياه على الزنا و على تولد الولد من الزنا، فان ذلک فرض المسأله، و إنما يتجه اللعان مع تصديقها له على الزنا دون تولد الولد منه.

و فی كشف اللثام «و ينشأ الإشكال من أن اللعان على خلاف الأصل، و لم يظهر لنا ثبوته إلا إذا تكاذبا، و لا تكاذب هنا، و من أنه إذا علم انتفاء الولد منه وجب عليه نفيه، و لا طريق إلى انتفائه إلا اللعان، و الصبر إلى بلوغ الولد و اللعان معه لا يجوز، إذ ربما مات أو مات الولد قبله أو قبل التمكن من اللعان بعده، و حينئذ إنما يلتعن الزوج لأنها لا يمكنها الالتعان» و قال قبل ذلک أيضا: «لا إشكال فی ثبوت اللعان إذا ادعت النسب، لأن الإقرار بالزنا لا ينافيه، و إنما يشكل الأمر إذا صادقته على الانتفاء أو سكتت أو اعترفت بالجهل و احتمال الأمرين».

قلت: ليس فی الكلام المحكی عن الشيخ إشعار باللعان مع التصادق و على تقديره ينبغی الجزم بعدم اللعان منها، لعدم تصور صحه وقوعه، لا التردد، و إنما غرض الشيخ أن اعترافها بالزنا يسقط اللعان منها بالنسبه للقذف، أما نفی الولد فلا،

إذ الاـعتراف بالزنـا لاـ ينـافی لحوق الولـد، لقاعـده الفراش التی شـرع اللعان لها، بل قـد یقال بصـحه اللعان منها أیضا فی صوره اعترافهـا بالجهـل و احتمال الأمرین، لإمکان شـهادتها باللّه علی کـذبه فی نفیه مع فرض الإلحاق به شـرعا، و أما لعانه فلعله لعلمه بعدم الوطء الموجب للإلحاق به.

و بالجمله فالتردد الواقع من المصـنف فیما ذکره الشیخ و تبعه علیه الفاضل فی القواعد فی غیر محله. و مما ذکرنا یعلم النظر فیما فی المسالک، بل و کشف اللثام.

و من الغریب دعواه فی المسالک أن مفروض المسأله اعترافها بکون الولـد من الزنا مع أنه لا أثر لـذلک فی الکلام المحکی عن الشیخ، و الأمر سهل بعد وضوح الحال لدیک فی جمیع الصور.

[المسأله السادسه إذا قذفها فادعی أنها اعترفت بذلک فأنکرت فأقام شاهدین باعترافها لا یقبل إلا أربعه]

المسأله السادسه:

إذا قـذفها ف ادعی أنهـا اعترفت بـذلک فـأنکرت فأقـام شاهـدین باعترافهـا قـال الشـیخ فی محکی المبسوط و تبعه الفاضـل فی محکی المختلف بـل فی الأول أنه مـذهبنا لا یقبل إلا أربعه لعموم قوله تعالی (۱)«وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ الْمُحْصَ‌ناتِ ثُمَّ لَمْ یَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَ‌داءَ» و لأـن الغرض من ثبوت الإـقرار به إثبات الزنا الـذی لا یثبت إلا بالأربعه أو الإقرار أربعا، فکان الإقرار به کنفس الزنا، و حینئذ إن لم یقم الأربعه و لم یلاعن یجب علیه الحد للقذف.

و لکن فیه إشـکال ینشـأ من کون ذلک شـهاده بالإقرار لا بالزنا الـذی خرج بأدلته عن إطلاق الإثبات بالشاهـدین، و من هنا کان ثبوته بهما خیره

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۴.

محکی الخلاف و السرائر و موضع من المبسوط، نعم إنما یقبل فی سقوط الحد عنه الذی یکفی فیه إقرارها به و لو مره لا ثبوت الحد علیها الذی لا یوجبه إلا الشهود الأربعه بزناها أو إقرارها به أربعا، اللهم إلا أن یشهد الشاهدان بإقرارها کذلک، فان المتجه حینئذ ثبوته علیها بناء علی ما عرفت، و قد یحتمل، بل ربما کان ظاهر بعض هنا اعتبار الأربعه فی الإقرار أربعا بالنسبه إلی ثبوت الحد علیها، و یأتی تحقیق ذلک فی محله إنشاء الله.

[المسأله السابعه إذا قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان]

المسأله السابعه:

إذا قذفها فماتت قبل اللعان أو إکماله فی کل منهما سقط اللعان و ورثها الزوج لبقاء علقه النکاح بینهما و علیه الحد للوارث بناء علی أن حد القذف یورث، لعموم أدله الإرث و لکن لو أراد دفع الحد عنه باللعان منه خاصه جاز لعموم أدله اللعان فیترتب علیه ما یخصه من الحکم، و هو سقوط الحد عنه، نعم لا یترتب علیه الأحکام المترتبه علی لعانهما من الحرمه المؤبده و نفی النسب لو کان اللعان فیه، و حینئذ فیرثها بعد لعانه الذی هو لإسقاط الحد عنه إلا أن فی روایه أبی بصیر (۱)

عن أبی عبد الله علیه السلام إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا میراث له و إلا أخذ المیراث.

و لفظها علی ما فی التهذیب

أبو بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل قذف امرأته و هی فی قریه من القری، فقال السلطان: ما لی بهذا علم، علیکم بالکوفه، فجاءت إلی القاضی لیلاعن فماتت قبل أن یتلاعنا، فقالوا هؤلاء: لا میراث لک، فقال أبو عبد الله علیه السلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلاعنه فلا میراث له، و إن أبی أحد من أولیائها أن یقوم مقامها أخذ المیراث زوجها».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

و فى

خبر عمر بن خالـد عن زيد بن على (۱) عن آبائه عن على عليه السـلام «فى رجل قـذف امرأته ثم خرج فجاء و قد توفيت، فقال: تخير واحده من ثنتين: يقال له:

إن شئت ألزمت نفسك الـذنب، فيقام عليك الحـد و تعطى الميراث، و إن شـئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها إليها و لا ميراث لك».

و لكن إرسال الأولى و ضعف الثانيه مع عدم الجابر- و إن كان إليه ذهب الشيخ فى الخلاف و النهايه و القاضى و ابن حمزه بل عن الأول الإجماع عليه و إن كنا لم نتحققه- يمنع من العمل بهما، و خصوصا مع مخالفتهما لأصاله عدم ترتب أحكام اللعان الثابت بين الزوجين بل و للأصل فى أن الميراث يثبت بالموت، فلا يسقط باللعان المتعقب.

على أن لعـان الوارث متعـذر غالبـا، لتعـذر القطع من الوارث على نفى فعـل غيره، و إيقاعه على نفى العلم تغيير للصوره المنقوله شرعـا، و فرض إمكـان اطلاع الوارث و علمه بانتفاء الفعل حيث يكون الفعل محصورا بأن يـدعى عليها أنها زنت فى ساعه كـذا بفلاـن أو مطلقـا و قـد كـان الوارث ملازمـا لهـا أو للمنسوب إليه فى تلك الساعه على وجه يعلم انتفاء الفعل كما فى نظائره من الشهادات على النفى المحصور نادر لا ينزل عليه الخبران المزبوران، و لا كلام العامل بهما.

و أما إشكالهما بأن الاجتزاء بأى وارث كان مع التعدد ترجيح من غير مرجح فقد يدفع بظهور الخبر الأول فى الاكتفاء به و لو مع التعدد و عدم بذلهم أجمع.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من كتاب اللعان الحديث ۲ عن عمرو بن خالد.

[المسأله الثامنه إذا قذفها فلم يلاعن فحد ثم قذفها به لا يحد]

المسأله الثامنه: قد عرفت فيما تقدم أن تكرار القذف قبل اللعان من غير أن يتخلله الحد لا يوجب زيادته عن حد واحد و لا أزيد من لعان واحد إجماعا، كما فى المسالک، لصدق الرمى على المتحد و المتعدد.

إنما الكلام فيما إذا قذفها فلم يلاعن فحد ثم قذفها به ف قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط لا يحد لا لما قيل من أن الحد فى القذف إنما يثبت مع اشتباه صدق القاذف و كذبه، لا مع الحكم بأحدهما، و كذبه هنا معلوم بقوله تعالى (۱) «فَأُولئِکَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكاذِبُونَ» إذ هو كما ترى، بل للشك فى وجوب الحد على القذف الذى حصل الحد عليه، لأنه قذف واحد و إن تكرر لفظه تأكيدا، و الأصل البراءه، خصوصا مع بناء الحدود على التخفيف، و لذا تدرأ بالشبهات، مضافا إلى ما عن الخلاف من الإجماع و الأخبار.

و قيل و القائل هو أيضا فى محكى الخلاف يحد تمسكا بحصول الموجب و هو صدق اسم القذف و الرمى، و الأصل تعدد المسبب بتعدد السبب الذى لا وجه للشك فيه بعد اقتضاء ظاهر الدليل الذى هو مناط الأحكام الشرعيه، و من هنا كان هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، و ربما يؤيد بأنه لا إشكال فى وجوب الحد عليه لو قذفها بغير القذف الذى حد عليه، و ليس هو إلا لصدق القذف المشترک بينه و بين رميها بالأول، فتأمل.

و كذا الخلاف فيما لو تلاعنا ثم قذفها به و إن كان القول هنا ب سقوط الحد أظهر (۱۱) بل المحكى عن الشيخ اتفاق قوليه على السقوط، و لعله لأن اللعان مساو للبينه و الإقرار من المرأه فى سقوط الحد ثانيا، و لكن الانصاف عدم خلو ذلک

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۱۳.

عن الإشكال، لأن اللعان إنما أسقط الحد الذى وجب عليها بلعانه، فهو بمنزله البينه أو الإقرار بالنسبه إلى ذلك، إذ لم يثبت زناها به، و لا أقرت و لا نكلت، فالقذف الثانى سبب موجب للحد، لعموم الآيه (۱) و اللعان المتقدم لا يصلح لإسقاطه، لاستحاله تقدم المسبب على السبب، و ربما يؤيده إطلاق

قول الصادق عليه السلام فى الصحيح (۲): «و إن دعاه أحد- أى ولد الملاعنه- ابن الزانيه جلد الحد».

و حينئذ فهو فى الحقيقه كالقذف المتعقب للحد.

و من هنا لو قذفها به الأجنبى حد بلا خلاف أجده و إن كان بعد التلاعن الذى لو كان بمنزله البينه أو الإقرار لم يحد، لارتفاع عفتها حينئذ المقتضى لسقوط الحد عن قاذفها، و لذا لو قذفها فأقرت ثم قذفها الزوج أو الأجنبى فلا حد و إن كان أقرت مره واحده

لعموم «إقرار العقلاء» (۳)

و إن لم يثبت عليها الحد إلا بالأربع، إلا أن الإحصان غيره و هو واضح.

بل لعل المتجه ثبوت الحد أيضا لو قذفها الزوج و لاعن فنكلت ثم قذفها الأجنبى و إن قال الشيخ فى المحكى عنه فى كتابى الفروع لأحد تنزيلا للنكول منزله البينه أو الإقرار المزيلين للإحصان.

و لكن الإنصاف أنه لو قيل يحد كان حسنا وفاقا للمحكى عن الأكثر لعموم الأدله، بعد منع زوال الإحصان بالنكول المحتمل كونه لقصد السلامه من محذور اليمين و إن ترتب عليها الحد من حيث عدم تخلصها عن الدعوى باليمين، لكن ذلك لا يقتضى ارتفاع إحصانها بمعنى عفتها.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب اللعان الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الإقرار الحديث ۲.

[المسأله التاسعه لو شهد أربعه و الزوج أحدهم فیه روایتان: إحداهما ترجم المرأه]

المسأله التاسعه:

لو شهد أربعه و الزوج أحدهم فیه روایتان: إحداهما ترجم المرأه و هی

روایه إبراهیم بن نعیم (۱) عن الصادق علیه السلام سأله «عن أربعه شهدوا علی امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم»

مؤیده بعدم الفرق بین الزوج و غیره فی قبول شهادته للمرأه و علیها، بل لعل الزوج أولی بالقبول، لهتک عرضه، فیندرج فیما دل (۲)

علی ثبوت الزنا بشهاده الأربع، بل و بقوله تعالی (۳):

«وَ لَمْ یَکُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ» فإنه مشعر بأنه نفسه شاهد أیضا لو حصل معه تمام العدد و صدق الشهداء علی الثلاثه، علی أن المقام من الحسب التی لا یدعی فیها خاص، کما حرر فی محله، و بغیر ذلک من قوله تعالی (۴) «وَ اللَّاتِی یَأْتِینَ الْفاحِشَهَ مِنْ نِسائِکُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَیْهِنَّ أَرْبَعَهً مِنْکُمْ» الشامل للزوج و غیره، بناء علی أن الخطاب للحکام و نحوه.

و الأخری تحد الشهود الثلاثه و یلاعن الزوج و هی

روایه زراره (۵) عن أحدهما علیهما السلام «فی أربعه شهدوا علی امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: یلاعن و یجلد الآخرون»

مؤیده بظاهر قوله تعالی (۶) «لَوْ لا جاؤُ عَلَیْهِ بِأَرْبَعَهِ شُهَداءَ» بناء علی رجوع الضمیر فیها إلی القاذفین و منهم الزوج، فإنه لا یقال:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب اللعان الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب حد الزنا من کتاب الحدود.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآیه ۶.

۴- ۴ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۵.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب اللعان الحدیث ۲.

۶- ۶ سوره النور: ۲۴- الآیه ۱۳.

جاء الإنسان بنفسه، و من ذلك نشأ الخلاف، فعن الأكثر كما فى المسالك الأول، و عن جماعه الثانى، و الأقوى الأول، و عن الشيخ حمل الروايه الثانيه على اختلال بعض الشرائط، و لا بأس به جمعا، و ليس هو قولا آخر كما حكاه عنه فى القواعد، بل هو عين القول الأول، ضروره عدم الخلاف فى عدم السماع مع اختلال الشرائط، نعم عن السرائر و الوسيله و الجامع الجمع بينهما بسبق الزوج بالقذف و عدمه، فيعتبر الأربعه غيره فى الأول دون الثانى، لأن قوله تعالى «لَوْ لا جاؤُ» فيمن ابتدأ بالقذف، بل عن السرائر و لقوله تعالى (۱) «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ» إلى آخرها، فإنه قد رمى زوجته و لم يكن له شهداء إلا نفسه، لأن شهاده الثلاثه غير معتد بها إلا بانضمام شهاده الرابع، فكأنها لم تكن فى الحكم، و إن كان هو كما ترى كالمصادره، بل آيه «لَوْ لا جاؤُ» إلى آخرها لا تمنع صدق معيه الزوج بعد أن كان أحد الشهداء، بقرينه «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ».

و على كل حال فهو قول آخر، إذ دعوى أن السبق من اختلال الشرائط ممنوعه، كدعوى الفرق بين سبق الزوج و سبق غيره، و أوضح منهما فسادا التزام الأربع غير القاذف لو كان السابق بالقذف غير الزوج.

و إلى هذا أشار المصنف بقوله و من فقهائنا من نزل رد الشهاده على اختلال بعض الشرائط أو سبق الزوج بالقذف ثم قال و هو حسن و فى المسالك «و هو- أى سبق الزوج- من جمله اختلال الشرائط، و لا بأس بالحمل، لأنه طريق الجمع حيث لا تطرح الروايه لضعفها» و فيه أنه كذلك بناء على أن السبق من اختلال الشرائط، و فيه بحث أو منع، بل ظاهر المتن عدم كونه منها، و تمام الكلام فيه فى محله.

و منه يظهر ما فى تحسين المصنف للقول المزبور المنافى لإطلاق الأدله فى قبول بينه الحسب و لو مع السبق.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

و أضعف من ذلك ما عن ابن الجنيد من التفصيل بأن الزوجه إن كانت مدخولا بها ردت الشهاده و حدوا، و لا عن الزوج، و إلا حدت هى، و كأنه قصد الجمع بذلك أيضا، و خص الرد بحاله الدخول لاشتمال روايته على لعان الزوج، و هو مشروط بالدخول، فتعين حمل الأخرى على غيره.

و نحوه ما عن الصدوق من الجمع بين الخبرين بناء على ما اختاره من أنه لا لعان إلا إذا نفى الولد بأنه إذا لم ينف الولد كان أحد الأربعه، و إلا حد الثلاثه و لاعنها، إذ الجميع كما ترى لا شاهد له و فرع المكافئه، و قد عرفت أن روايه القبول أقوى و لو للشهره.

[المسأله العاشره إذا أخل أحدهما بشى ء من ألفاظ اللعان الواجبه لم يصح]

المسأله العاشره:

إذا أخل أحدهما بشى ء من ألفاظ اللعان الواجبه لم يصح، لعدم حصول عنوان الحكم، و حينئذ لو حكم به حاكم لم ينفذ، لأنه خطأ، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من أن الحاكم إذا حكم بأكثر كلمات اللعان نفذ و قام الأكثر مقام الجميع و إن كان الحاكم مخطئا فى الحكم، و هو واضح الضعف، لأن الحكم حينئذ خطأ بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطله باختلال بعض شرائطها أو أركانها.

[المسأله الحاديه عشره فرقه اللعان فسخ]

المسأله الحاديه عشره:

فرقه اللعان فسخ كالرضاع و الرده و ليس طلاقا لغه و لا شرعا و لا عرفا، خلافا لأبى حنيفه فجعلها فرقه طلاق، و ضعفه واضح. و حينئذ فلا يشترط فيها اجتماع شرائط الطلاق و لا يلحقها أحكامه.

[المسأله الثانیه عشره لو ولدت توأمین بینهما أقل من سته أشهر فاستلحق أحدهما لحقه الآخر]

المسأله الثانیه عشره:

لو ولـدت توأمین بینهمـا أقل من سـته أشـهر فاسـتلحق أحـدهما لحقه الآخر، و لا یقبل نفیه، کما فی القواعـد و شـرحها، قال فی الأخیر: «لأنهما من حمل واحـد، حتی أنه إن کان نفی الأول ثم اسـتلحق الثانی لحقه الأول أیضا- قال-: و کذا لو نفی أحدهما و سکت عن الآخر لحقاه، لأنه لما سکت عن الآخر لحقه و استلزم لحوق الآخر».

و فیه أنه لیس بـأولی من اقتضـاء نفی الأـول نفی الآـخر، خصوصـا مع قوله فی القواعـد متصـلا بـذلک: «و لو ولـدت الأول فنفاه باللعان ثم ولدت الآخر لأقل من سـته أشـهر افتقر انتفاؤه إلی لعان آخر علی إشکال» و لعله من الحکم بانتفاء الأول باللعان، و هو یسـتلزم انتفـاء الثانی مع أصل البراءه من اللعان ثانیا، و من أصل اللحوق إلا مع التصـریح بالنفی و اللعان و عـدم الاکتفاء بالالتزام کمـا عن المبسوط، إذ لا یخفی علیک أن الأول من وجهی الإشـکال یجری فی السابق إذا کان الولـد مما ینفی بالانتفاء من دون لعان کما فی الأمه و المتمتع بها، ضروره کون النفی حینئذ کاللعان، فلا وجه للجزم بالأول و الاشکال فی الثانی.

و علی کل حال فإن أقر بالثانی لحقه و ورثه و ورثه الأول أیضا، لاسـتلزام لحوقه لحوقه کما عرفت، و هو لا یرث الأول، لإنکاره أولا، و هل یرث الثانی؟

ففی القواعـد إشـکال، و لعله من اسـتلزام انتفائه من الأول انتفاءه من الثانی فکأنه أقر بأنه لا یرث منه، کما أقر به من الأول، و من أنه لا عبره فی نفی السبب بالالتزام، و الأصل اللحوق و التوارث، و هو مناف أیضا للجزم السابق.

و لو کان بینهما سـته أشـهر فصاعـدا فلکل حکم نفسه، لإمکان تجدد الحمل بهما، و لا یسـتلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر و لا نفیه نفیه، فان لاعن عن الأول

بعد وضعه و استلحق الثانی أو ترک نفیه لحق به و إن کانت قد بانت منه باللعان، لإمکان وطئه بعد وضع الأول قبل اللعان، و لو لاعنها قبل وضع الأول فأتت بآخر بعد سته أشهر ففی القواعد لم یلحقه الثانی، لأنها بانت باللعان و انقضت عدتها بوضع الأول، أی فلا یمکنه وطؤها بالنکاح بعده، و فی کشف اللثام «و ذکر انقضاء العده لتأکید الحجه، و إلا فلیست هذه العده إلا کعده الطلاق البائن.

و لو مات أحد التوأمین قبل اللعان لنفیهما فله أن یلاعن لنفیهما، لإطلاق أدلته، و للعامه قول بأنه لا لعان لنفی نسب المیت، و أنه إذا لم یصح نفیه لم یصح نفی الحی إذا کانا من حمل واحد.

هذا و قد تقدم بعض الکلام فی کتاب الطلاق فی التوأمین و کیفیه تولدهما بالنسبه إلی الحکم بکونهما حملا واحدا أو حملا متعددا بالتولد لدون السته أشهر و الأزید، فلاحظ و تأمل، و الله العالم بحقیقه الحال.

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين.

[كتاب العتق]

اشاره

كتاب العتق قيل: هو بالكسر: الحريه، و بالفتح المصدر كالاعتاق، و يقال: عتق العبد خرج عن الرق، فهو عتيق، و فى المسالك تبعا للفاضل فى التحرير «هو لغه الخلوص، و منه سمى البيت الشريف عتيقا، لخلوصه من أيدى الجبابره، و الخيل الجياد عتاقا، و شرعا خلوص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق بالنسبه إلى مطلق العتق، و بالنسبه إلى المباشره- الذى هو مقصود الكتاب- تخليص الآدمى أو بعضه من الرق منجزا بصيغه مخصوصه».

قلت: لم أجد المعنى المزبور فيما حضرنى من كتب اللغه المتقدمه عليهما من الصحاح و غيره، مع أطنابه فى الأول بذكر المعانى له التى منها الكرم و الجمال و الحريه و الرقه بعد الجفاء و الغلظه و صلاح المال و السبق مع النجاه و القدم و العتيق الكريم من كل شى ء إلى غير ذلك مما لا ينطبق شى ء منها على ما ذكر، بل فيه و فى غيره ما هو كالصريح فى أن وصف البيت بالعتيق لقدمه، و الخيل بالعتاق لجودتها، كما أن فيه التصريح بأن الحريه من معانيه اللغويه، و لعله لذا فسره بها لغه فى التنقيح، و فى كشف اللثام جعله لغه الكرم، هذا كله بالنسبه إلى معناه لغه.

و أما شرعا فهو كباقى أسماء أفراد الإيقاع من الطلاق و نحوه التى فيها البحث- الذى تقدم فى البيع و نحوه من العقود- أنها أسماء لنفس الصيغ أو للأثر الحاصل منها أو للفعل، و قد تقدم التحقيق فى ذلك و أنها اسم للآثار، لكن ظاهر التعريف المزبور أنه اسم هنا للفعل، و فيه ما تقدم فى محله.

و كيف كان ف فضله متفق عليه بين المسلمين، و خصوصا فى يوم عرفه و عشيتها، بل و النصوص (۱)

فيه من الطرفين متواتره، بل قوله تعالى (۲):

«فَكُّ رَقَبَهٍ» و «أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ» (۳) و غيرهما دال عليه، مضافا إلى النصوص حتى روى إبراهيم بن أبى البلاد عن أبيه رفعه (۴) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

إن من أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا له من النار

فان كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار، لأن المرأه نصف الرجل»

لكن فى

صحيح زراره (۵) عن الباقر عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا من النار»

و يمكن اتحاد المراد من المسلم و المؤمن فى كلامه صلى الله عليه و آله، نعم فى

صحيح ابن عمار و حفص (۶) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «فى الرجل يعتق المملوك، قال: إن الله يعتق بكل عضو منه عضوا من النار».

و فى المسالك بعد أن ذكر الروايات الثلاثه قال: «و خص المؤمن إما لأن المراد به المسلم كما فى الروايه الصحيحه، أو حمل المطلق على المقيد كما يحمل لفظ «المملوك» فى الروايه الأخرى على المسلم أو المؤمن، و يجوز إبقاء كل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب العتق و سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۷۱ و ۲۷۲.

۲- ۲ سوره البلد: ۹۰- الآيه ۱۳.

۳- ۳ سوره الأحزاب: ۳۳- ۳۷.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب العتق الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب العتق الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب العتق الحديث ۱.

واحد من الثلاثه على أصله، و حصول الثواب المذكور على عتق كل مملوك مؤمن أو مسلم أو مطلقا ذكرا أو أنثى، و أن يخص ذلك بالذكر بقرينه تذكير لفظه و تقييده بما فى الروايه الأخرى إلا أن تقييد الصحيح بالمرسل لا يخلو من نظر، و

روى العامه (۱) فى الصحيحين أنه صلى الله عليه و آله قال: «أيما رجل أعتق امرءا مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار، حتى الفرج بالفرج»

و فى هذه الروايه التقييد بالإسلام و كون المعتق رجلا لأن الامرأ مذكر الامرأه، فلا يتناول الأنثى، و فى بعض ألفاظ رواياتهم

عنه صلى الله عليه و آله (۲)

«من أعتق رقبه أعتق الله بكل عضو منها عضوا من النار، حتى فرجها بفرجه»

و هذه شامله للذكر و الأنثى المسلم و غيره».

قلت: و فى نصوصنا فى

خبر بشير النبال (۳)

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول من أعتق نسمه صالحه لوجه الله جل و عز كفر الله عنه بها مكان كل عضو منه عضوا من النار»

و الخبر الذى ذكره أخيرا عنهم مساو لصحيح ابن عمار بناء على إراده الجنس من المملوك فيه، كما أن المروى فى الصحيحين مساو لصحيح زراره، و مع فرض تقيد صحيح المملوك بالمرسل بالنسبه إلى ذلك يتقيد الجميع به أيضا، و لعله كذلك لما حكاه الفخر فى شرح القواعد من الاتفاق على المرسل المزبور.

كما أنه يقوى الجمع هنا بحمل المطلق على المقيد بالنسبه إلى خصوص المذكور من الجزاء و إن لم نقل به فى غير المقام للتنافى فيه دون غيره، و لا ينافى ذلك استحباب العتق المستفاد من قوله تعالى (۴) «فَكُّ رَقَبَهٍ» و غيره. إنما الكلام فى ترتب الجزاء المزبور، و هو العتق من النار.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۷۱.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۷۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب العتق الحديث ۲.

۴- ۴ سوره البلد: ۹۰- الآيه ۱۳.

ثم إن الظاهر إراده الكنايه باللفظ المزبور عن عتق المعتق من النار بعتقه و الترغيب فيه، لا المقابله حقيقه حتى يأتى الكلام فى فقد الأعضاء فى المعتق و المعتق و زيادتها، نعم ينبغى ملاحظه الذكوره و الأنوثه و إن كان الرجاء بالله و الظن به السرايه فيما يعتق بعتقها من العضوين بالعضو، و الله العالم.

و يختص الرق أى الاسترقاق بأهل الحرب دون اليهود و النصارى و المجوس القائمين بشرائط الذمه بلا خلاف فى شى ء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أصاله عدم ملك أحد لأحد و غيرها عدا ما خرج بالدليل من استرقاق الكفار أهل الحرب الذين يجوز قتالهم إلى أن يسلموا أو يقيموا بشرائط الذمه إن كانوا من الفرق الثلاثه.

و من هنا لو أخلوا بذلك دخلوا فى أهل الحرب بالنسبه إلى جواز استرقاقهم اتفاقا محكيا فى المسالك، بل و محصلا.

و لا فرق فى أهل الحرب بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين و يستقلوا بأمرهم أو يكونوا تحت حكم الإسلام و قهره، كمن بين المسلمين من عبده الأوثان و النيران و غيرهم، إلا أن يكونوا مهادنين للمسلمين بالشرائط المقرره فى كتاب الجهاد (۱)المذكور فيه كيفيه استرقاق الحربى و شرائطه، إذ المراد هنا بيان أصل اختصاص ذلك بالحربى، لا بيان جواز الاسترقاق لكل حربى، كما هو واضح لكل من أحاط خبرا بما فى الكتاب المزبور.

ثم إذا استرقوا يسرى الرق إلى أعقابهم المتجددين بعد الاسترقاق الذين هم نماء الملك و إن أسلموا ما لم يتحرروا، فتسرى الحريه فى الأعقاب المتأخره و إلا إذا كان أحد الأبوين حرا فتغلب الحريه إلا مع شرط الرق، كما تقدم فى كتاب النكاح.

و لا فرق فى الاسترقاق لمن عرفت بين المؤمن و المخالف و الكافر، كما فى

۱- ۱ راجع ج ۲۱ ص ۲۶۵ الى ۲۷۷.

التحریر و القواعد و الدروس و غیرها، و لعله لأنهم حینئذ کالمباحات التی یملکها من تملکها، نعم لا بأس بتملک من فی ید الکفار منهم إذا کانوا حربیین کباقی أموالهم.

هذا و فی کشف اللثام فی شرح قوله فی القواعد: «و لا فرق بین سبی المؤمنین و الکفار» قال: «لا فرق فی جواز الاسترقاق بین سبی المؤمنین و غیرهم من فرق الإسلام و الکفار، و إن اختص الرقیق بالإمام علیه السلام أو کانت فیه حصته فقد رخصوا فی ذلک للشیعه فی زمن الغیبه، و غیر المؤمن یملک بالسبی فی الظاهر، فیصح الشراء منه، و یقوی التملک بالاستیلاء علی مسبیه بغیر عوض» و فیه أن ذلک خروج عما نحن فیه من حصول الاسترقاق للحربیین فی الجمله للمؤمن و غیره و لو بسرقه و اغتیال و نحوهما، لا فی خصوص الغنیمه بغیر إذن الامام علیه السلام التی هی من الأنفال المختصه بالإمام علیه السلام المرخص فیها للشیعه زمن الغیبه لتطیب موالیدهم کما تقدم البحث فی ذلک فی محله (۱) و منه یعلم ما فی قوله: «و یقوی التملک» إلی آخره، و تمام التفصیل فی ذلک کله فی غیر المقام، و الله العالم.

و کل من أقر علی نفسه بالرق مع جهاله حریته و لو لعدم ادعائها سابقا علی الإقرار و کان بالغا رشیدا حکم برقه بلا خلاف و لا إشکال،

لعموم قوله صلی الله علیه و آله (۲): «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»

و لقول الصادق علیه السلام فی صحیح ابن سنان (۳): «کان علی علیه السلام یقول: الناس کلهم أحرار إلا من أقر علی نفسه بالعبودیه و هو مدرک»

بل إطلاقهما یقتضی عدم اعتبار الرشد کما هو المحکی عن الأکثر، و لا ینافیه ما دل (۴)

علی منع السفیه من التصرف المالی

۱- ۱ راجع ج ۱۶ ص ۱۳۴ الی ۱۴۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الإقرار الحدیث ۲ و المستدرک الباب- ۲- منه الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۹- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الحجر الحدیث ۱.

و لو إقرارا الظاهر فى غير الفرض، بل فى المسالك و غيرها «أن الإقرار بالرقيه ليس إقرارا بمال، لأنه قبل الإقرار محكوم بحريته ظاهرا» و إن كان لا يخلو من نظر.

و على كل حال فما قيل- من اعتباره لأن إقراره و إن لم يتعلق بمال ابتداء و لكنه كشف عن كونه مالا قبل الإقرار، فإنه إخبار عن حق سابق عليه لا إنشاء من حينه، و لإمكان أن يكون بيده مال، فإن إقراره على نفسه يستتبع ماله، فيكون إقرارا بمال محض و لو بالتبعيه- واضح الضعف، لما عرفت من عدم ظهور أدله منع السفيه فيما يشمل الفرض، فيبقى على مقتضى العموم السابق الذى يلزمه معه تبعيه ما فى يده.

هذا و فى المسالك «و يضعف الأول بأن ذلك لو منع قبول الإقرار لأدى إلى قبوله، لأنه إذا لم يقبل بقى على أصل الحريه، فينفذ إقراره، فيصير مالا، فيرد فيصير حرا، و ذلك دور، و المال جاز دخوله تبعا و إن لم يقبل الإقرار به مستقلا، كما لو استلحق واجب النفقه، فقد قيل: إنه ينفق عليه من ماله باعتبار كونه تابعا لا أصلا، أو يقال: يصح فى الرقيه دون المال لوجود المانع فيه دونها كما سمع فى الإقرار بالزوجيه دون المهر».

و فيه منع الملازمه المقتضيه للدور، ضروره اقتضاء عدم قبوله البقاء على الحريه التى لا يقتضى قبول الإقرار مع فرض عدم الرشد، و أما ما ذكره أخيرا من الاحتمال ففيه اقتضاء بقاء المال حينئذ بلا مالك، و قياسه على المهر واضح الفساد.

و على كل حال فمع قبول إقراره لا يسمع إنكاره بعد ذلك، بل لا تقبل بينته التى كذبها بإقراره، نعم فى المسالك و غيرها «إلا أن يظهر لإقراره تأويلا يدفع التناقض، فيقوى القبول، كما لو قال: لم أعلم بأنى تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين فأقررت بالرق، ثم ظهر لى سبق العتق على الإقرار بالبينه أو الشياع المفيد لذلك». قلت: لا يخلو ذلك من بحث ما لم يحصل العلم بفساد إقراره السابق.

و لـو أنكر المقر له رقيته بقى على الرقيه و إن كـانت مجهـوله عنـدنا و لاـ يقبـل رجـوعه أيضـا، لعموم أدله جواز الإقرار عليه، و يكلف حينئـذ بالتوصل إلى مالكه، كما لو أقر بمال شـخص فأنكره، و لكن فى المسالك «يتجه حينئـذ جواز رجوعه، لأنه مال لا يدعيه أحد، و إقراره السابق قد سـقط اعتباره برد المقر له، فإذا لم يصـر حرا بذلك فلا أقل من سماع دعواه الحريه بعد ذلك» و فيه أن رد المقر له لا يقتضـى عـدم جواز الإقرار على المقر، بل و كذا لو لم يعين المقر له ابتداء ثم رجع و إن قال فى المسالك: «أولى بالقبول» لكنه لا يخلو من نظر، خصوصا إذا لم يلتزم نحو ذلك فى الإقرار بمال غير الرقيه.

و إذا بيع العبـد فى الأـسواق لم يقبل دعواه الحريه إلا ببينه عملا بالظاهر، أما مجرد اليـد عليه فغير كاف كما فى الـدروس، فتقبل دعواه حريه الأصـل لاـ عروض الحريه إلا ببينه، قلت: لا يخلو عـدم الاكتفاء باليـد من بحث قـد تقـدم هو و كثير من مسائل إقرار العبد فى كتاب البيع فى باب الحيوان (۱) فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و كـذا الملتقـط فى دار الحرب يحكم برقيته للملتقط، بناء على أن الالتقاط من الاستيلاء المملك و إن لم يقصـد التملك، و إلا فالمراد يجوز استرقاقه تبعا للدار فى اللحوق بحكم أهل الحرب الذين قد عرفت جواز استرقاقهم، نعم يشترط فى ذلك أن يكون فيها مسـلم يمكن تولده منه و لو أنثى، و إلا حكم بحريته للأصل، و لكن فيه بحث إن لم يكن إجماعا قد ذكرناه أيضا فى كتاب البيع فى باب بيع الحيوان (۲) فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و إذا اشترى إنسـان من حربى ولـده أو زوجته أو أحـد ذوى أرحـامه كان جائزا و ملكه و إن كان ممن ينعتق عليه، و لكن يكون عند جماعه استنقاذا

۱- ۱ راجع ج ۲۴ ص ۱۴۹ الى ۱۵۳.

۲- ۲ راجع ج ۲۴ ص ۱۳۸ و ۱۳۹.

لا شراء من جانب المشترى، فيملكه حينئذ المشترى بالاستيلاء عليه لا بالشراء إذ هم فى الحقيقه فى ء للمسلمين فيجوز التوصل إلى ما يقتضى تملكه، و قد تقدم فى كتاب البيع فى باب الحيوان (۱) تحقيق الحال فى ذلك، و قد ذكرنا هناك خبر اللحام (۲)

الدال على صحه الشراء حقيقه.

و من الغريب أن الفاضل جزم بصرف الشراء فى الفرض إلى الاستنقاذ، و توقف فى لحوق أحكام البيع له من الخيار و الأرش، و فى الدروس هنا «و لو اشترى من الكافر قريبه جاز و إن كان ممن ينعتق عليه، و يكون استنقاذا لا شراء من جانب المشترى، فلا يثبت فيه خيار المجلس و الحيوان، و الأقرب أن له رده بالعيب و أخذ الأرش و أشكل بأن الأرش عوض الجزء الفائت فى المبيع و لا بيع هنا، و بأنه قد ملكه بالاستيلاء فكيف يبطل ملكه بمجرد الرد، و ليس من الأسباب الناقله للملك شرعا فى غير البيع الحقيقى، و دفع بأن قدوم الحربى على البيع التزام بأحكام البيع التى من جملتها الرد بالعيب أو أخذ أرشه، فرده عليه ينزل منزله الإعراض عن المال، و الثمن غايته أن يكون قد صار ملكا للحربى، و التوصل إلى أخذه جائز بكل سبب، و هذا منه بل أولى، لأنه مقتضى حكم البيع».

و فيه- مع أنه لا يتم فى مال الحربى المعتصم بدخول دار الإسلام بأمان- أنه يقتضى جريان غير ذلك من أحكام البيع التى منها الخيار الذى قد صرح بعدم جريانه عليه، فلا محيص حينئذ بعد القول بالتزام أحكام البيع عن القول بصحته حقيقه، لعدم الانعتاق عليه كما التزم به هنا فى المسالك، أو بإجراء حكم الصحه عليه فى

۱- ۱ راجع ج ۲۴ ص ۱۳۷ و ۱۳۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۲ و ۳ من كتاب التجاره.

جانب البیع و لو لنصوص (۱) الإلزام، و قد تقدم الکلام فی ذلک فی کتاب البیع (۲)

فلاحظ و تأمل.

و یمکن أن یقال: إن ما فی الدروس مبنی علی تعدیه حکم الرد و الأرش لما یؤخذ استنقاذا أیضا کالبیع، فان معناه علی ما صرح به الفخر فی الشرح عوض عن ید شرعیه فی نفس الأمر کهذه أو ظاهرا أو غیر شرعیه، بل صرح الکرکی أیضا بنحو ذلک، و قال: «إن ما یبذله المشتری فی الفرض عوض عن ید شرعیه» و الله العالم.

و کیف کان فلاـ خلاف أجده فی أنه یستوی سبی المؤمن و الضلال و لو الکافرین فی استباحه الرق بل ادعی بعض مشایخنا الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی إطلاق الأدله، و إلی خصوص

الصحیح (۳) عن أبی الحسن علیه السلام قال رفاعه له: «إن الروم یغیرون علی الصقالبه و الروم فیسترقون أولادهم من الجواری و الغلمان، فیعمدون إلی الغلمان فیخصونهم، ثم یبعثون بهم إلی بغداد إلی التجار، فما تری فی شرائهم و نحن نعلم أنهم قد سرقوا و إنما أغاروا علیهم من غیر حرب کانت بینهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم، إنما اخرجوا من الشرک إلی دار الإسلام»

و إطلاق

خبر إبراهیم بن عبد الحمید (۴) عنه علیه السلام أیضا «فی شراء الرومیات فقال:

اشترهن و بعهن»

و خبر عبد الله اللحام (۵) سأل الصادق علیه السلام «عن رجل اشتری

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۵ و ۶ و ۱۰ و ۱۱ و الباب- ۴- من أبواب میراث الاـخوه و الباب- ۳- من أبواب میراث المجوس من کتاب المواریث.

۲- ۲ راجع ج ۲۴ ص ۱۳۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۱ و فیه «الصقالبه» کما فی الکافی ج ۵ ص ۲۱۰ و التهذیب ج ۶ ص ۱۶۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۲ من کتاب التجاره.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۳ من کتاب التجاره.

امرأه رجل من أهل الشرک یتفخذها، قال: فقال: لا بأس».

فمن الغریب ما فی المسالک هنا من «أن المراد بالضلال ما یشمل المسلمین منهم و الکافرین، فلو سبی کافر مثله ملکه، و جاز شراؤه منه، و کان الکلام فی شرائه منه کالکلام فی شراء ولده و زوجته منه، و لو کان الکافر ذمیا أو مسلما مبدعا فلا إشکال فی تملکه، و قد أباح الأئمه علیهم السلام شراء ذلک منهم و غیره من ضروب التملکات و إن کان للإمام أو بعضه من غیر اشتراط إخراج الحصه المذکوره» و الله العالم.

و کیف کان ف ازاله الرق تکون بأسباب أربعه: المباشره و السرایه و الملک و العوارض.

[الفصل الأول فی إزاله الرق بالمباشره]

اشاره

أما المباشره فالعتق و التدبیر و الکتابه و إن اختلفت فی کیفیه التسبیب بالنسبه إلی احتیاج حصول الحریه منها إلی أمر آخر غیر الصیغه- کالتدبیر و الکتابه المفتقرین إلی الموت و التأدیه- و عدم ذلک، کالعتق، و ستعرف ذلک مفصلا.

أما العتق فعبارته الصریحه التحریر بأن یقول: «أنت- أو هو أو فلان أو نحو ذلک- حر» فإنه لا خلاف نصا (۱)

و فتوی فی حصول التحریر به حینئذ، بل الإجماع بقسمیه علیه، و هو الحجه بعد النص المتضمن لإنشاء العتق به من سید الساجدین علیه السلام (۲)

و إلا فقوله تعالی (۳) «فَتَحْرِیرُ رَقَبَهٍ مُؤْمِنَهٍ» لا یقتضی کون الصیغه التی یحصل بها الإنشاء ذلک، و إلا لاقتضی قوله تعالی (۴) «فَکُّ رَقَبَهٍ»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۹۲.

۴- ۴ سوره البلد: ۹۰- الآیه ۱۳.

نحوه، و لیس کذلک اتفاقا محکیا إن لم یکن محصلا کما ستعرف.

نعم فی اشتقاقها من الإعتاق بأن یقول: «أعتقتک» تردد و خلاف ینشأ من التردد فی المراد من النصوص (۱)

الوارده فی ذلک المتقدمه فی کتاب النکاح فیمن قال لأمته: «أعتقتک و جعلت عتقک صداقک» أنه إنشاء العتق بذلک أو هو إخبار لها بالحال، و إن کان العتق قد حصل قبل ذلک بقول: «هی حره و جعلت عتقها صداقها» و إن کان الظاهر منها الأول.

لکن فی الروضه «أن ظاهرهم عدم العتق بها، بل و بالصریح محضا، کحررتک، و لعله لبعد الماضی عن الإنشاء، و قیامه مقامه فی العقود علی وجه النقل خلاف الأصل، فیقتصر فیه علی محله» و هو غریب خصوصا بعد أن حکی هو قبل ذلک بیسیر اتفاق الأصحاب علی صحه العتق فی قول السید لأمته: «أعتقتک و تزوجتک» نعم کان المتجه الاقتصار علیها دون «حررتک» التی لم نعثر فی شی ء من النصوص علی إنشاء التحریر بها.

کما أن المتجه الاقتصار علیها من التحریر بأنت حر، دون «أنت عتیق» أو معتق، ضروره کون المدار علی ما ثبت من النصوص إنشاء التحریر به، و لیس هو إلا «أنت- مثلا- حر» و «أعتقتک» بناء علی أحد الوجهین فی النصوص المزبوره، فلا وجه لإلحاق «حررتک» بأعتقتک، کما لا وجه لإلحاق «أنت عتیق» بأنت حر، لما عرفت من أن الثابت من النص (۲)

ذلک، و هو المراد من الصریح فی کلامهم، لأصاله عدم زوال الرق، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۳) لا یشمل المقام علی الأصح، و إطلاقات العتق المساقه لغیر ذلک لا یستفاد منها کیفیه الصیغه، خصوصا بعد وهنها أیضا بإعراض الأصحاب عن ذلک و اقتصارهم علی خصوص التحریر أو هو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب نکاح العبید و الإماء.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۸- من کتاب العتق.

۳- ۳ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

مع الإعتاق و لذا قال المصنف و غيره، بل فى كشف اللثام الاتفاق عليه، بل لعله ظاهر غيره أو صريحه و لا يصح إنشاء العتق بما عدا التحرير خاصه أو مع الإعتاق من أى لفظ صريحا كان أو كنايه و لو قصد به العتق كقوله صريحا كما فى القواعد فككت رقبتك أو أزلت قيد الملك، أو كنايه أنت سائبه أو «لا سبيل لى عليك» أو «لا سلطان» أو نحو ذلك، خلافا للعامه، فجوزوه فى الكنايه فضلا عن الصريح.

و من ذلك يعلم أن المراد من الصريح أولا فى كلامهم ما ذكرناه من أنه الذى ثبت شرعا إنشاء العتق به، لا الدال على المقصود بلا واسطه.

بل و منه يعلم أن وجه التردد فى الإعتاق ما ذكرناه. لا كونه صريحا أو لا، ضروره أنه لا مجال لإنكار صراحته، بل استعماله فى ذلك أزيد من لفظ التحرير، كما لا يخفى على من تصفح النصوص.

بل منه أيضا يعلم النظر فيما ذكره فى المسالك و بعض من تأخر عنها من أن المدار على الصريح و عدمه، حتى التزم صحه إنشاء العتق بكل لفظ صريح فى ذلك، و هو مناف لما عرفته من كلماتهم.

بل مما ذكرنا يعلم النظر فى عباره المتن و غيرها إن كان المراد من التحرير و الإعتاق فيها جواز اشتقاق الصيغه منهما بأى هيئه كانت، جمله اسميه أو فعليه، ضروره كونه منافيا لما سمعته من التوقيفيه فى العتق الذى هو من العباده أو شبهها فى ذلك، فالمتجه حينئذ الاقتصار على الجمله الاسميه من التحرير و الفعليه من الإعتاق، بناء على أحد الوجهين فى النصوص المزبوره، و دعوى التعديه فى كل منهما إلى الأخر لا دليل عليها، بل ظاهرهم خلافها، فتأمل جيدا، فإنك لا تجد هذا المقام محررا فى غير هذا الكتاب، و الحمد لله الموفق المسدد.

و لو قال لأمته: «يا حره» و قصد العتق ففى تحريرها بذلك تردد ينشأ من أنها بغير هيئه الصيغه المعهوده، و من أنها مجاز بحرف النداء عن

معنى «أنت» و الأشبه عند المصنف و غيره عدم التحرير لبعده عن شبه الإنشاء بل فى كشف اللثام «إنما هو إنشاء للنداء و إن جاز التجوز به عنه، لكنه استعمال نادر يعد من الكنايات».

قلت: لكنه قد يناقش بأن الفرض عدم إراده معنى النداء منه، بل المراد منه إنشاء العتق، و ليس فيه إلا التجوز بموضوع الصيغه، و هو «أنت» من حرف النداء، و من المعلوم أن موضوع الصيغه لا- يعتبر فيه إلا ما يميزه من لفظ «أنت» و «هو» و «هذا» و «فلان» و غيرها من الألفاظ الحقيقيه أو المجازيه المعينه له، و إنما الممنوع الكنايه و التجوز بمحمول الصيغه الذى هو «حر» و دعوى جزئيه موضوع الصيغه منها على وجه لا- يجوز تمييزه باللفظ المجازى لا شاهد لها، بل يمكن القطع بعدمها، نعم لو كان المراد من حرف النداء معناه و لكن مع إنشاء التحرير بقوله:

«حره» اعتمادا على تقدير «أنت» بمعونه حرف النداء أمكن الإشكال فيه بكونه خلاف الثابت من الصيغه، و مثله إذا قال: «حر» من دون ذكر الموضوع و إن دل عليه الحال أو غيره، و الله العالم.

و لو كان اسمها «حره» فقال: أنت حره فإن قصد الإخبار لم تنعتق قطعا و إن قصد الإنشاء صح كذلك و إن جهل منه الأمران رجع إلى قوله فى نيته، للاشتراك و عدم الوصله إلى امتياز المراد منه إلا قوله، و يقبل و إن خالف القانون و ادعى قصد الإخبار أو عكس، كما إذا لم يقف و جاء به منونا، أو بلا تنوين، فان الاسم غير منصرف بخلاف الصفه.

و إن لم يمكن الاستعلام بموت و نحوه لم يحكم بالحريه قطعا لعدم اليقين بالقصد أى قصد الإنشاء، فيبقى على أصاله الرق و لكن فى المتن فيه تردد منشأه التوقف بين العمل بحقيقه اللفظ و التمسك بالاحتمال (۱۱) و هو كما ترى، ضروره اشتراك الصيغه بين الإخبار و الإنشاء، فمع فرض عدم ما يقتضى أحدهما تبقى أصاله الرقيه و غيرها بلا معارض، كما هو واضح،

و الله العالم.

و لا بد من التلفظ بالصريح أو ما يقوم مقامه على الأقوى، كما عرفته فيما تقدم، و لا تكفى الإشاره مع القدره على النطق و لا الكتابه.

كما فى غيره من العقد و الإيقاع، للأصل و

حسن زراره (۱) قال الباقر عليه السلام:

«رجل كتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه ثم بدا له فمحاه، قال: ليس ذلک بطلاق و لا عتاق حتى يتكلم به»

مؤيدا ب

قوله عليه السلام (۲): «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام».

بل لا بد من النطق بالعربيه مع القدره عليها أيضا للأصل أيضا بعد عدم تلقى غير العربى منه عليه السلام، بل لعل المنساق العربى من كل ما كان موضوع الحكم فيه القول و اللفظ و الكلام و نحو ذلک.

نعم يكفى مع العجز الإشاره المفهمه الملحق بها أو أولى منها سائر اللغات، لفحوى نصوص الأخرس (۳)

و خصوص

صحيح الحلبى (۴) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن أباه حدثه أن أمامه بنت أبى العاص الربيع و أمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و آله تزوجها بعد على عليه السلام المغيره بن نوفل إنها وجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فأتاها الحسن و الحسين عليهما السلام و هى لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان و المغيره كاره لما يقولان: أعتقت فلانا و أهله، فتشير برأسها أن نعم، و كذا و كذا، فتشير برأسها نعم أم لا، قلت: فأجازا ذلک لها؟ قال: نعم»

و غير ذلک مما مر فى نظائر المسأله، و الله العالم.

و لا بد من تجريده عن الشرط، فلو علقه على شرط مترقب كقدوم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ۲ من كتاب الطلاق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام العقود الحديث ۴ من كتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵۹- من أبواب القراءه فى الصلاه الحديث ۱ و الباب- ۱۹- من أبواب مقدمات الطلاق.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴۴- من كتاب العتق الحديث ۱.

زيـد أو صـفه معلومه الوقوع كطلوع الشـمس أو غيره عـدا التـدبير لـم يصـح و إن وقع الشـرط، لأـنه لاـ يقع إلا منجزا إجماعا فى محكى الخلاف و السرائر و المختلف، و هو الحجه، مضافا إلى محكى الإجماع أيضا على اعتبار التنجيز فى مطلق العقد و الإيقاع إلاـ ما خرج، و إلى ما ذكرناه مكررا من منافاه ذلك لظاهر الأدله المقتضـيه لسـببيته إذا كان التعليق مقتضـيا لتأخر أثره، و إلى أن الثابت سـببيته من الأدله الشـرعيه المنجز، بل مقتضـى الأول و الأخير عدم صـحته و إن كان المعلق عليه متحققا حال الصيغه، لأن ذلك لا يخرجه عن كونه إنشاء معلقا.

نعم لو علقه بالنقيضـين وقع مع اتحاد الكلام، لظهور الجمع بينهما فى إراده التأكيـد دون التعليق، مع أنه احتمل العدم فيه للتعليق، بل هو خيره الفخر فى الشـرح و إن كان ضـعيفا، لكون المفروض إراده التأكيـد لا التعليق، أما مع اختلاف الكلام فالمتجه العدم، لما عرفت.

و كذا لا يصح لو قال: «أنت حر متى شـئت» و إن بادر إلى المشيئه، لأنه من التعليق أيضا حتى لو قال: «إنى كنت شئت حين قلت ذلك» لما عرفت من تحقق التعليق و إن اتحد زمان الإنشاء و الإيقاع، و منه يعلم فساد احتمال حصول التحرير بقوله: «أنت حر» و إلغاء قوله: «متى شئت» ضروره كون القصد إنشاء معلقا، فلا يترتب عليه الأثر، كما هو واضح.

و على كل حال فما عن القاضـى من الوقوع مع التعليق على الوقت و أبى على على الشـرط واضح الضـعف، و كذا ما عساه يظهر من محكى النهايه و الاسـتبصار من أنه يقع مشـروطا فى النذور و القربات، كقوله: «إن شـفانى الله فعبدى حر» دون اليمين كقوله: «إن دخلت الدار فعبدى حر» و نحوه عن الغنيه.

بل فى اللمعه و الروضه «لو نـذر عتق عبـده عنـد شـرط سائغ على ما فصل انعقد النذر و العتق مع وجود الشـرط» و فى الأخير «إن كانت الصيغه إن كان كذا من الشرط

السـائغ فعبـدى حر، و وجب عتقه إن قـال: لله على أن أعتقه، و المطـابق للعبـاره الأول، لأنه العتق المعلق لا الثانى، فإنه الإعتاق، و مثله القول فيما إذا نـذر أن يكون ماله صـدقه أو لزيـد أو أن يتصـدق به أو يعطيه لزيـد، فإنه ينتقل عن ملكه بحصول الشـرط فى الأـول، و يصـير ملكا لزيـد قهريا، بخلاف الأخير، فإنه لا يزول ملكه به، و إنما يجب أن يتصـدق به أو يعطى زيـدا، فان لم يفعل بقى على ملكه و إن حنث، و يتفرع على ذلك إبراؤه منه قبل القبض، فيصح فى الأول دون الثانى».

و فيه (أولاـ) أن ذلـك ليس من العتق بالصـيغه معلقـا، بل هو بالنـذر الـذى ثبت فيه مشـروعيه التعليق، و البحث إنما هو فى إنشاء العتق بصـيغته معلقا، و (ثانيا) إمكان منع صـحه ذلك، لعـدم اقتضاء أدله النذر مشـروعيه نذر الآثار التى أوقفها الشارع على صـيغ خـاصه كالنكاح و الطلاق و الوقف و نحوها، بل و كـذا الكلام فى نـذر كون المال لزيـد، نعم لو نـذر كونه لله خرج عن ملكه و وجبت الصـدقه به، و قـد تقـدم منا البحث فى وقوع هذه الآثار لو كانت بالشـرط الذى يقتضـى أدلته كونه أوسع دائره من النذر، فلاحظ و تأمل. و الله العالم.

و كـذا لا يصح لو قال يدك حره أو رجلك أو رأسك أو وجهك بلا خلاف أجده بين من تعرض له، بل عن الانتصار الإجماع عليه، بل و لا إشكال إذا كان المراد تحرير الأجزاء المزبوره، ضروره عدم ثبوت مشروعيته، بل الثابت عدمه، أما مع إراده الكنايه بذلك عن الشخص نفسه- و لو مجازا لعلاقه الجزء و الكل و إن كان على الوجه الفاسد- فيشكل عدم صحته بتحقق صيغه العتق التى لم يثبت اعتبار ذكر المعتق فيها باسـمه أو بما يـدل عليه حقيقه، و كون العتق لا يقع بالكنايه إنما يراد به ما يدل على التحرير لاـ المحرر، و فى كشف اللثـام إن أراد بـالوجه الـذات وقع، لكونهـا من معـانيه، و للعـامه قول بالوقوع إذا علق على ما يطلق على الجمله كالرأس، و آخر به مطلقا.

و فى المسالك بعد أن ذكر عدم وقوع العتق بالأجزاء المزبوره قال: «و إن كان

الوجه و الرأس قـد يطلق على الذات عرفا، لأنه خلاف المتبادر، و لعدم نقل مثل ذلك شـرعا» و فيه أن التبادر و عدمه لا مدخليه له فى المقام، إذ الفرض معلوميه كون ذلك مراد اللافظ، و عدم النقل شرعا لمعلوميه عدم التعبد فيما يدل على المعتق.

ثم قال: «و اعلم أنه قد تقدم وقوع الكفاله المتعلقه بالوجه و الرأس معللا بأنه قد يعبر بهما عن الجمله عرفا، و الفرق بين الكفاله و العتق أن القصـد الذاتى منها إحضار البدن، و الذات تابعه عرفا، و هنا بالعكس، فإن الحريه المقصوده من العتق متعلقها الذات، و البـدن تـابع إذا جعلنـاه غيره، و أمـا الفرق بينهمـا بـأن المعتبر فى الكفاله العرف و فى العتق الشـرع فلا يخلو من تحكم و إن كان العرف منصرفا فى الفرق الأول» و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه.

بـل منه يعلم مـا فى قول المصـنف و غيره أمـا لو قال: بـدنك أو جسـدك فالأشـبه وقوع العتق لأنه هو المعنى بقوله أنت حر أى أنهمـا فى العرف بمعنى واحـد، و لا ـ إشـكال فى وقوع العتق بالأـخير، سواء قلنا بكون الإنسان جسـما أو جسـمانيا، فكـذا ما كان بمعناه عرفا عاما، و لأن المالكيه و المملوكيه يتواردان على الموضوع الواحـد، و المملوكيه تتعلق بالهيكل المحسوس قطعا فكـذا المـالكيه المترتبه عليهـا الحريه، و من هنـا قـال فى المسالـك: «و الأـقوى الوقوع بـذلك إلا ـ أن يكون القائل معتقـدا أن الإنسان خلاف ذلك، و ادعى قصد شى ء غيره، فيرجع إليه فيه».

قلت: لا ينبغى التأمل فى الصـحه إذا كان المراد من ذلك معنى «أنت» أو «زيد» أو نحوهما مما يدل على الجمله، لما عرفت، كما أنه لا ينبغى التأمل فى البطلان إذا كان المراد خلاف ذلك، خصوصا مع عدم تناول اسم الجسد و البدن لجميع أجزاء الشـخص، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف هل يشترط تعيين المعتق؟ الظاهر عند المصنف

أنه لاـ يشترط، بـل هو المشـهور على مـا قيـل، بـل عن الكنز أنه لم يظهر فيه خلاف، لإطلاق الأدله و تغليب الحريه السالمين عن معارضه عـدم صـلاحيه تعلق الحكم بالمبهم بعد فرض تحققه فى الشـرع فيما إذا أعتق مماليكه كلهم فى مرضه و لم يخرجوا من الثلث و لم يجز الورثه، فإنه يخرج قدر الثلث بالقرعه إلا أنه إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشه بأنه الثابت من النصوص (۱)

المتضـمنه للصـيغه المعينه، و قـد عرفت أن الإطلاقـات غير مسـاقه لبيان ذلک، و الإبهام الثابت فى الفرض المزبور لا يسـتفاد منه جواز الإبهام فى متعلق الصيغه أولا، و إنما كان المتجه فيه العتق بالثلث المشاع فى العبيد إلا أنه لمكان النص (۲)

صحت القرعه فيه على الثلث المعين، و من هنـا يقوى احتمـال الاـشتراط، بل قـد تقـدم فى الطلاق ما يسـتفاد منه قوته زياده على ذلک، و لعله لذا كان ظاهر الشـهيد فى الدروس التوقف، بل هو صريح الفخر فى الشرح، بل صريح نهايه المرام عدم الجواز بعد أن حكاه قولا، نعم لا محيص عن القول به هنا مع فرض الإجماع المزبور.

و حينئـذ فلو قال: أحـد عبيـدى حر صـح و رجع إلى تعيينه عنـد المشـهور أيضا لنحو ما سـمعته فى الطلاق (۳) و لكن قـد ذكرنا هناک قوه القول بالرجوع إلى القرعه التى هى لكل أمر مشـكل لا المشتبه خاصه، كما يقتضى به أصل مشروعيتها، و هو مساهمه يونس عليه السلام (۴) و لاـ ريب فى تحقق الاشـكال مع فرض عـدم الطريق و فرض وقوع العتق بالصـيغه لا بها مع التعيين إذ لم يثبت كون التعيين تشهيا منه حينئذ طريقا شرعا إلى ذلک كما أوضحناه هناک ف لاحظ و تأمل.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من كتاب العتق و الباب- ۳۰- من أبواب الكفارات الحديث ۱ و المستدرک الباب- ۲۴- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۵- من كتاب العتق.

۳- ۳ راجع ج ۳۲ ص ۵۲.

۴- ۴ سوره الصافات: ۳۷- الآيه ۱۴۱.

نعم بناء علیه لو عین ثم عـدل لم یقبل لعـدم بقاء موضوع العتق بعـد تعیینه، فیبقی حینئذ من عدل إلیه علی أصل الرقیه بعد فرض لغویه تعیینه الثانی، و قـد تقـدم فی الطلاق (۱) تحقیق الحـال فی أن التعیین المزبور کـاشف عن العتق بالصـیغه، و علیه مبنی قوه القول بـالقرعه أو أنه متمم لها، فیحصل حینئـذ من حینه مع سائر الفروع المتعلقه بـذلک و بغیره التی لا یخفی علیک جریانها فی المقام، فلاحظ و تدبر.

و منهـا مـا لو مـات قبـل التعیین فـإنه قیـل: یعین الوارث الـذی هو خلیفه الموروث و قـائم مقـامه حتی فی مثل التعیین الراجع إلی التشـهی، بل قـد یدعی انتقاله إلیه بالإرث کحق الخیار و نحوه و قیل: یقرع لعدم موردیه نحو التعیین المزبور، و لا دلیل علی قیام الوارث مقامه فی تعیین المبهمات، فلیس حینئذ إلا القرعه و هو أشـبه لعدم اطلاع الوارث علی قصده الناشئ تشهیا، و عدم ثبوت إرثه لـذلک، بـل قـد عرفت قوه القول بـالرجوع إلیهـا قبـل الموت، بل یظهر من ترجیـح المصـنف و غیره الرجوع إلیها هنا عـدم اختصاصـها بالمشتبه، و إنما یؤتی بها للترجیح کما قدمنا الکلام فیه فی کتاب الطلاق (۲) هذا کله فی المبهم فی نفس الصیغه و یراد إنشاء تعیینه.

أما لو أعتق معینا ثم اشـتبه علیه ارجی ء حتی یـذکر و عمل علی مقتضـی المقـدمه حال عدم الذکر فان ذکر عمل بقوله مع عدم المعارض لأنه المرجع فی نحو ذلک، و تعین من عینه للعتق و لو عـدل بعد ذلک لم یقبل لأنه إنکار بعد إقرار للغیر بحق الحریه، بل قیل: إنه یحکم بحریه المعدول إلیه أیضا عملا بإقراره المتأخر و إن کان لنا فیه بحث قد تقدم فی الطلاق (۳) أیضا فإن

۱- ۱ راجع ج ۳۲ ص ۴۶- ۴۸.

۲- ۲ راجع ج ۳۲ ص ۴۶- ۴۸.

۳- ۳ راجع ج ۳۲ ص ۵۴.

لم یـذکر لم یقرع ما دام حیا لاحتمال التذکر فلم یتحقق الإشکال الذی هو موضوع القرعه، اللهم إلا أن یسـتلزم ذلک الضـرر و التعطیـل، فقـد یقال حینئذ بها، و یأتی الکلام حینئـذ فیما لو تـذکر بعـدها بما ینافیها کما تقـدم الکلام فیه فی کتاب الطلاق (۱) فلاحظ.

و لو مات و ادعی الوارث العلم و لو لـدعوی اطلاعه علیه منه رجع إلیه و لکن فیه بحث قـدمناه أیضا فی کتاب الطلاق (۲) و إن جهل أقرع بین عبیده بلا خلاف لتحقق الاشکال و الیأس من زواله و احتمال الرجوع إلی الوارث هنا واضح الفساد.

و لو ادعی أحـد ممالیکه أنه هو المراد بالعتق و لو للاطلاع علیه من قبله فأنکر المولی فالقول قوله أی المولی مع یمینه لأنه منکر، و کذا حکم الوارث لعموم

قوله صلی الله علیه و آله (۳)

«البینه علی المدعی

و (۱۱) الیمین علی من أنکر» نعم لـو نکـل (۱۲) عن الیمین قضـی علیه (۱۳) بـالنکول إن قلنـا به، و إلا احلف المملوک و أعتق کما فی غیر ذلک من الدعاوی، و هو واضح.

و (۱۴) کیف کـان ف یعتبر فی المعتق البلوغ و کمال العقل و الاختیار و القصـد إلی العتق و التقرب إلی الله (۱۵) تعالی و کونه غیر محجور علیه (۱۶) لسـفه أو فلس بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک عدا من بلغ عشرا من الأول الذی ستعرف الکلام فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی عموم الأدله، و خصوص

صحیح زراره (۴) عن أبی جعفر علیه السلام «سألته عن عتق المکره فقال لیس عتقه بعتق»

و صحیحه الآخر خاصه أو مع محمد بن مسلم و برید بن معاویه و فضیل و إسماعیل

۱- ۱ راجع ج ۳۲ ص ۴۶.
۲- ۲ راجع ج ۳۲ ص ۵۲.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۵ و فیه «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه».
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۹- من کتاب العتق الحدیث ۱.

الأزرق و

معمر بن يحيى (۱) عنه عليه السلام أيضا و عن أبى عبد الله عليه السلام «إن المدله ليس عتقه بعتق»

و صحيح الحلبى (۲) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن طلاق السكران قال: لا يجوز و لا عتقه»

و نحوه صحيحه الآخر (۳) عنه عليه السلام أيضا، و

صحيح حماد و ابن أذينه و ابن بكير و غير واحد (۴) عنه عليه السلام أيضا «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى»

و نحوه خبر أبى بصير (۵) عنه عليه السلام أيضا، و

خبر على بن أبى حمزه (۶) عنه عليه السلام أيضا «لا عتق إلا ما طلب به وجه الله عز و جل»

و

خبر عبد الأعلى مولى آل سام (۷) عنه عليه السلام أيضا «لا طلاق إلا على كتاب الله، و لا عتق إلا لوجه الله»

إلى غير ذلك.

نعم فى عتق الصبى إذا بلغ عشرا و صدقته تردد و خلاف، فالأكثر كما فى كشف اللثام على العدم، لإطلاق الأدله فى سلب عبارته، و الشيخ على الصحه و مستند الجواز روايه الشيخ عن موسى بن بكر عن زراره (۸)عن أبى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من كتاب العتق الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۱- من كتاب العتق الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۱- من كتاب العتق الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب العتق الحديث ۱.

۵- ۵ الكافى ج ۶ ص ۱۷۸.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب العتق الحديث ۲ و هو خبر أبى بصير الذى أشار إليه قده فإنه و ان رواه فى الوسائل عن على بن أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السلام الا- أن الموجود فى الكافى ج ۶ ص ۱۷۸ على بن أبى حمزه عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام و هناك صحيحه أخرى يدل على المطلوب لم يتعرض لها فى الجواهر، و هى الصحيحه التى رواها فى الوسائل فى الباب- ۱۳- من كتاب الوقوف و الصدقات الحديث ۲ عن حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا صدقه و لا عتق الا ما أريد به وجه الله عز و جل».

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۱۴- من كتاب الايمان الحديث ۹.

٨- ٨ الوسائل- الباب- ٥٦- من كتاب العتق الحديث ١.

جعفر علیه السلام

قال: «إذا أتی علی الغلام عشر سنین فإنه یجوز له من ماله ما أعتق و تصدق علی وجه المعروف فهو جائز»

و بإسناده عن صفوان بن یحیی عن موسی بن بکر (۱) مثله، إلا أنه قال: «علی حد معروف و حق فهو جائز» بل رواه الکلینی أیضا عن عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و أحمد بن محمد بن عیسی جمیعا عن صفوان بن یحیی (۲)

إلی آخره، و فی النافع أسنده إلی روایه حسنه، و ظاهره المیل إلیه، بل ربما یؤیده ما تقدم من جواز وصیته بالمعروف التی منها العتق، بل منها التدبیر بناء علی أنه وصیه به، و ذلک لاستبعاد صحته تدبیرا و عدمها تنجیزا.

و لکن مع ذلک کله أطنب فی المسالک فی بیان سقوط هذه الروایه، و ذلک لأن فی سندها موسی بن بکر، و هو واقفی غیر ثقه. و ابن فضال، و هو فطحی و إن کان ثقه، و الشیخ تاره أوقفها علی زراره، و اخری إلی الباقر علیه السلام، کما أن المصنف أسندها إلی زراره هنا، و قال فی نکت النهایه: «إنها موقوفه» و فی النافع وصفها بالحسن، و لعله أراد غیر الحسن المصطلح، إلی أن قال: «فمع هذه القوادح کیف تصلح لإثبات هذا الحکم المخالف لأصول المذهب، بل إجماع المسلمین، فإطراحها متعین، و یمکن حملها و حمل ما ورد (۳) فی معناها فی جواز وقفه و صدقته و وصیته

۱- ۱ أشار إلیه فی الوسائل الباب- ۵۶- من کتاب العتق الحدیث ۱ و قد ذکره فی التهذیب فی موضعین: الأول فی ج ۸ ص ۲۴۸ بإسناده عن موسی بن بکر عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام و فیه «. و تصدق علی وجه المعروف فهو جائز». و الثانی فی ج ۹ ص ۱۸۱ بإسناده عن علی بن الحسن عن علی بن الحکم عن موسی بن بکر عن زراره مضمرا. و فیه «. علی وجه معروف و حق فهو جائز» و لم نعثر علی السند و اللفظ اللذین ذکرا فی الجواهر و الوسائل.

۲- ۲ أشار إلیه فی الوسائل الباب- ۵۶- من کتاب العتق الحدیث ۱ و ذکره فی الکافی ج ۷ ص ۲۸.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۵- من کتاب الوقوف و الصدقات.

على أن ابن العشر محل إمكان البلوغ، كما تقدم فى أن الولد يلحق به فى هذا السن لإمكان بلوغه بالمنى فبسبب أنه فى وقت إمكان البلوغ و جواز التصرف أطلقوا جواز تصرفه، و المراد به إذا انضم إليه ما يدل على البلوغ، بمعنى أنه من حيث السن لا مانع من جهته و إن توقف على أمر آخر، و هذا خير من اطراح الروايات الكثيره» و تبعه على ذلک بعض من تأخر.

و لكن الانصاف عدم كونها بهذه المثابه بعد أن عرفت روايتها فى التهذيب و الكافى و فى سندها بعض أصحاب الإجماع، كما أن القول بها ليس كذلک، خصوصا بعد التأييد بما عرفت، على أن ما ذكره أخيرا صالح للحكم بصحه العتق و إن لم ينضم إليه أمر آخر يقتضى البلوغ إذا فرض وقوع العتق منه على وجه يمكن معه نيه القربه لغفلته عن الاشتراط أو جهل به أو غير ذلک، لأصاله الصحه التى يكفى فى الحكم بها احتمال وجود شرط الصحه، مثل الحكم بلحوق الولد و إن لم يحكم ببلوغه، و مثل الحكم بصحه صلاه من شک فى الطهاره بعد الفراغ منها، و نحو ذلک يجرى فى بيعه فضلا عن عتقه، فتأمل جيدا.

ثم لا يخفى عليک أن نيه القربه هنا مثلها فى سائر ما تعتبر فيه، فلا يشترط التلفظ بها و إن اعتبر ذلک فى الصيغه و هو واضح.

كوضوح أنه لا يصح ال عتق من السكران و غيره ممن لا عقل له و لا قصد له، لما عرفت و الله العالم.

و كيف كان ف يبطل باشتراط نيه القربه عتق الكافر لتعذرها فى حقه باعتبار أن اشتراطها يقتضى كون العتق من العبادات، و من المعلوم اعتبار الإسلام بل الإيمان فى صحتها، حتى كاد يكون ضرورى المذهب إن لم يكن الدين، فلا يتصور حصول نيه التقرب بالعباده مع فقد شرطها، نعم لو قلنا بعدم اشتراطها فى صحته و أن النصوص المزبوره محموله على نفى الكمال و عدم ترتب الثواب بدونها فلا إشكال فى صحته حينئذ، ضروره كونه من المعامله التى لا إشكال فى

صحتها منه لا العباده.

و لعله لـذا قـال الشـيخ فى الخلاـف و المبسوط يصـح مطلقـا سواء كان الكفر بإنكار الصانع أو غيره، بل بعض الاسـتدلال للقول المزبور فى المسالـك و غيره ظـاهر أو صـريح فى ذلـك و إن كان هو لا يخلو عن تشويش، فإنه حكى الاحتجاج عنه بأن «العتق فك ملك و تصرف مالى و نفع للغير، و الكافر أهل لذلك، بل ملكه أضـعف من ملك المسلم، ففكه أسهل، و لبناء العتق على التغليب، و جاز حمل الخبر (۱)

على نفى الكمال، ك

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (۲): «لا صلاه لجار المسجد إلا فيه»

و من ثم وقع الاتفـاق على بطلاـن عباده الكافر المحضه دون عتقه و نحوه من تصـرفاته الماليه المشـتمله على العباده- كالوقف و الصـدقه- ترجيحـا لجانب الماليه على العباده» و هو كما ترى، إذ لا فرق فى اعتبار الإسـلام فى صـحه العباده سواء كانت ماليه أو غير ماليه، و على كل حال فلا ريب فى ضعفه.

و أضـعف منه القول بالتفصيل- و إن اشتهر بين المتأخرين- بين كون كفره بجحد الإلهيه أصلا، فلا يصح منه لتعذر قصد القربه، و بين كونه بجحد النبى صلى الله عليه و آله و نحوه فيصح، لأن

قوله عليه السلام (۳): «لا عتق»

إلى آخره- الـذى حمله على نفى الصـحه أولى لأنهـا أقرب إلى نفى الحقيقه- لا يقتضـى إلا اشتراط إراده التقرب المتوقفه على الإقـرار به، و لاـ يلزم من ذلـك حصول المراد الـذى هو أمر آخر لاـ يـدل عليه الخبر، بـل كونه عبـاده مطلقا ممنوع، بل من هـذا الوجه، و هو لا يمنع وقوعه من الكافر المقر، إذ هو كما ترى كاد أن يكون من غرائب الكلام، ضـروره اقتضاء الصـحه فى العباده موافقه الأمر المقتضـيه ترتب الجزاء عليها، كضـروره كون المراد بنيه القربه إنشاء التقرب على وجه يترتب عليه أثره، و لـذا نافاها الرياء و نحوه من منافيات الإخلاص من غير فرق بين العباده الماليه و غيرها، بل و بين الزكاه و الخمس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام المساجد الحديث ۱ من كتاب الصلاه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب العتق.

و غيرهما، و إراده وجه الله به المذكوره فى النصوص (۱)

يراد بها ذلک لا إرادته على الوجه الذى ذكره.

و بذلک كله ظهر لک تطرق النظر فى جمله من الكلمات، و قد تقدم منا سابقا بعض الكلام فى ذلک، فالتحقيق عدم صحته من الكافر مطلقا، خصوصا مع استلزامه للولاء الذى هو سبيل على المسلم لو كان العبد مسلما، بل المتجه عدم صحته من غير المؤمن بناء على أنه من العبادات إلا أنى لم أجد من تعرض له، بل لعل السيره القطعيه تقضى بخلافه، و يمكن التزام خروج ذلک كالمساجد بها من بين العبادات إلا أنه كما ترى، و الله العالم.

و يعتبر فى المعتق بالفتح الإسلام و الملک، فلو كان المملوک كافرا لم يصح عتقه عند الأكثر كما فى المسالک، بل عن بعض الإجماع عليه و إن كنا لم نتحقق الأول منهما فضلا عن الثانى، و ليس فى قوله تعالى (۲) «فَكُّ رَقَبَةٍ» إلى قوله «ثُمَّ كانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا» دلاله على صحه ذلک منهم على وجه يترتب عليه أثره، بل يمكن دعوى دلالته على العكس، لقوله تعالى (۳) «وَ لا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» و النهى يقتضى الفساد، و لعدم كونه محلا للتقرب إلى الله تعالى الذى عرفت اعتباره فى عتقه، خصوصا بعد الأمر (۴) بمحادته و النهى (۵) عن موادته و الإحسان إليه، و ل

خبر سيف بن عميره (۶)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من كتاب الوقوف و الصدقات الحديث ۲ و ۳ و الباب- ۴- من كتاب العتق.

۲- ۲ سوره البلد: ۹۰- الآيه ۱۳.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۶۷.

۴- ۴ راجع البحار ج ۷۵ ص ۳۸۵ الى ۳۹۲ و فيها الايات و الاخبار الداله على ذلک.

۵- ۵ راجع البحار ج ۷۵ ص ۳۸۵ الى ۳۹۲ و فيها الايات و الاخبار الداله على ذلک.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۷- من كتاب العتق الحديث ۵.

أ یجوز للمسلم أن یعتق مشرکا؟ قال: لا».

إلاـ أن الجمیع کمـا تری، ضـروره کون المراد الردی ء من الخبیث فی الآـیه، لاـ الخبیث من حیث الاعتقـاد دون المـالیه التی قد تکون خیرا من مالیه العبد المسلم، و لو سلم فالنهی إنما هو عن خصوص الصدقه الواجبه، للإجماع علی جواز إنفاق الردی ء من المال و جیـده بالصدقه و نحوها، و کونه محلا للتقرب یتبع المسـتفاد من الأدله، فمع فرض اقتضاء إطلاقها الأمر بعتق مطلق الرقبه مسلمه کانت أو کافره فلا إشکال فی صحه النیه حینئذ، إذ لیست عبادیه العتق مأخوذه من رجحان الإحسان و نحوه.

علی أن المصالح المترتبه علی ذلک لا یحیط بها إلا علام الغیوب، فربما أدی ذلک إلی إسلامه، کما

روی (۱)

«أن علیا علیه السلام أعتق عبدا نصرانیا فأسلم حین أعتقه»

بل ربما

ورد (۲) فی بعض النصوص الأمر بسقیهم و إطعامهم معلله بأن «لکل کبد حری أجر»

و خبر سیف مع ضعفه و کونه أخص من المدعی یمکن حمله علی ضرب من الکراهه، نحو النهی (۳)

طعن عتق غیر المؤمن، لرجحان إطلاق الأدله المعتضد بما سـمعته من المروی من فعل علی علیه السلام، و معلومیه جواز عتق غیر المؤمن الـذی هو أشد من الکافر علیه، و من هنا قیل و القائل الشـیخ فی محکی الخلاف و المبسوط و عن ابن سـعید فی محکی الجامع یصح مطلقا و مال إلیه بعض.

نعم من الغریب هنا ما قیل و القائل الشیخ فی محکی النهایه یصح مع النذر لا مع عدمه جمعا بین الخبرین (۴)

المزبورین، و هو کما تری

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب الصدقه الحدیث ۳ من کتاب الزکاه و التعلیل الوارد انما هو لسـقی الحیوان کما فی سنن البیهقی ج ۴ ص ۱۸۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۲ و ۵.

لا شاهـد له، و لا إشـعار فی شـی ء منها به، علی أن النذر یعتبر فیه رجحان المنذور قبل تعلق النذر، فتنفی صـحته بدونه، کما هو واضح، و الله العالم.

و یصح عتق ولد الزنا کما هو المشهور فتوی و عملا، لإطلاق الأدله، و

خصوص خبر سعید (۱) عن أبی عبد الله علیه السلام «لا بأس بأن تعتق ولد الزنا»

الشامل لحال صغره الذی لم یحکم فیه بالتبعیه و إن کان من کافرین، و حال کبره مع وصف الإسلام، بل و إن وصف بالکفر فی غیر السرایه، لما عرفت من صحه عتق الکافر.

و قیل و القائل المرتضـی و ابن إدریس، لا یصـح بناء علی کفره ذاتا و إن وصف بالإسـلام، بل عن الأخیر منهما دعوی الإجماع علی ذلک، و لکن لم یثبت ذلک، و روایه عدم نجابته (۲)- الوارد نظیرها فی ولد الحائک- لا تقتضی ذلک قطعا، و کذا

قول الصادق علیه السلام (۳): «من ولد للزنا لا یدخل الجنه»

و لو سلم دلالتهما و الإجماع المزبور فهو فی الباطن، علی أنک قد عرفت صحه عتق الکافر، و الله العالم.

و لو أعتق غیر المالـک فضولا لم ینفـذ عتقه و لو أجازه المالک علی المشـهور کما فی المسالک، بل فی کشف اللثام و الریاض نفی الخلاف فیه، بل فی الروضه الإجماع علیه، قیل ل

قوله صلی الله علیه و آله (۴)

«لا عتق إلا بعد ملک»

الدال علی نفی الصحه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۶- من کتاب العتق الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۹ و فیه «ان ولد الزنا لا یطیب أبدا».
۳- ۳ البحار ج ۵ ص ۲۸۵ الطبع الحدیث و فیه «ان الله عز و جل خلق الجنه طاهره مطهره، فلا یدخلها الا من طابت ولادته» و فیه أیضا «. و لن یـدخل الجنه الا طاهر» و فی ص ۲۸۷ منه «لاـ یـدخل الجنه الا من خلص من آدم» و أیضا «من طهرت ولادته دخل الجنه».
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب العتق الحدیث ۲.

لأنه أقرب المجازات إلى نفی الحقیقه، و

قول الصادق علیه السلام فی خبر ابن مسکان (۱): «من أعتق ما لا یملک فلا یجوز»

و لأنه عباده أو فیه شائبه العباده، و هی لا تقبل الفضولی.

قلت: لکن قد یناقش بعد اقتضاء الأول البطلان مع الإجازه، ضروره کون المراد العتق الذی یترتب علیه الأثر لا مجرد صیغه العتق، فهو نحو

قوله صلی الله علیه و آله (۲).

«لا بیع إلا فی ملک»

الذی قد عرفت صحه الفضولی فیه، فإنه علی مقتضی إطلاق الأدله الجاری نحوه فی المقام، ضروره صحه صدق العتق فی ملک علیه بعد فرض الإجازه، و لا دلاله فیه علی اشتراط مباشره الصیغه المعلوم عدمه هنا بمعلومیه صحه عتقه من الوکیل و الولی، و نحو ذلک الکلام فی خبر ابن مسکان.

بل منه یعلم ما فی الثالث الذی یمکن فیه منع عدم جریان الفضولیه فی مثل هذه العباده التی لا یعتبر فیها المباشره، خصوصا بعد أن کان من أدله الفضولی خبر (۳) الصدقه بمال الغیر إذا تعقبته الإجازه، و قد تقدم جمله من الکلام فی ذلک فی بحث الفضولی (۴) نعم ما عن ابن أبی لیلی من نفوذ العتق و تقویمه علی الموسر واضح الفساد، هذا کله مضافا إلی ما عرفت من احتمال کونه غیر عباده، و الله العالم.

و لو قال: إن ملکتک فأنت حر لم ینعتق مع الملک إلا أن یجعله نذرا أو عهدا أو یمینا بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل و لا إشکال، للتعلیق و عدم الملک حال الصیغه، و فی

المرسل عن الصادق علیه السلام (۵)

«فی رجل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب العتق الحدیث ۴.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۱- من أبواب عقد البیع الحدیث ۳ و فیه «لا بیع الا فیما تملک» و فی سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۱۸ «لا بیع فیما لا یملک»

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب اللقطه الحدیث ۲.

۴- ۴ راجع ج ۲۲ ص ۲۷۳ الی ۲۸۴.

٥- ٥ المستدرك الباب- ٥- من كتاب العتق الحديث ٧.

یقول إن اشتریت عبدا فهو حر لوجه الله، و إن اشتریت هذا الثوب فهو صدقه لوجه الله، و إن تزوجت فلانه فهی طالق، قال: کل ذلک لیس بشی ء، إنما یطلق و یتصدق بما ملک»

فما عن بعض العامه من الانعتاق بذلک واضح الفساد، نعم یجب عتقه بصیغه العتق مع النذر مثلا لعموم ما دل علی وجوب الوفاء به (۱).

و لو کانت الصیغه «لله علی أنه حر إن ملکته» فظاهر الشهید صیرورته حرا بدون صیغه کما عن ابن حمزه، و یشکل بأن العتق مشروط بانتقاله إلی ملکه و لو آنا، فلو عتق بمجرد ملکه لزم العتق فی غیر ملک، و أجیب بجواز الاکتفاء بالملک الضمنی کملک القریب آنا ثم یعتق.

و فیه أن التزام ذلک فیه بعد أن دل الدلیل (۲)

علی عتق القریب بدخوله فی ملک قریبه، للجمع بینه و بین

«لا عتق إلا فی ملک» (۳)

أما فی المقام فلا دلیل علی انعتاقه بذلک کی یلتزم التقدیر المزبور، و أدله النذر شرعا تقتضی وجوب الوفاء بالمنذور علی شرائطه الشرعیه، لا- أنها تشرع الشی ء لنفسه، و إلا لصح الطلاق بدون صیغته بنذره مثلا، و کذا النکاح و غیره، و هو معلوم البطلان، و من هنا صرح بعضهم بوجوب الصیغه فی الفرض، و لعله کذلک للأصل، و لأنه لیس من الإیقاع فی شی ء کما أوضحنا ذلک سابقا، و لأن النذر إنما یتعلق بفعله، و ما فی الدروس من تصریح الروایه بذلک لم نتحققه، بل ظاهر ما تسمعه من النصوص فی المسائل الاتیه الصریحه خلافه، و الله العالم.

و لو جعل العتق یمینا لم یقع کما لو قال: أنت حر إن فعلت أو إن

۱- ۱ سوره الحج: ۲۲- الآیه ۲۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب العتق.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب العتق الحدیث ۲ و فیه «لا عتق الا بعد ملک».

فعلت بلا خلاف فيه بيننا، بل عن الانتصار و الخلاف و الغنيه و السرائر الاتفاق عليه، لنحو ما سمعته فى عدم الحلف بالطلاق،

و قال الصادق عليه السلام لمنصور بن حازم فى الصحيح (۱): «إن طارقا كان نخاسا بالمدينه، فإنى أبا جعفر عليه السلام فقال: يا أبا جعفر إنى هالك، إنى حلفت بالطلاق و العتاق، فقال له: لا طلاق، إن هذه من خطوات الشيطان»

مضافا إلى ما فيه من التعليق الذى قد عرفت عدم جوازه، إذ لا فرق بين اليمين به و التعليق من حيث الصوره، نعم يفترقان بالنيه، فإن كان الغرض البعث على الفعل إن كان طاعه و الزجر عنه إن كان معصيه كقوله: «إن حججت فأنت حر» أو «إن زنيت» قصدا للبعث فى الأول و الزجر فى الثانى فهو يمين، و إن كان الغرض مجرد التعليق كان قدم زيد. أو دخلت الدار. أو طلعت الشمس. فهو شرط أو صفه، و الله العالم.

و لو أعتق مملوك ولده الصغير لفرض مصلحه للمولى عليه فى ذلك صح، لعموم الآيه (۲) و لو أعتقه عن نفسه بعد التقويم بمعنى إدخاله فى ملكه بقيمته لفرض مصلحته فى ذلك صح بلا خلاف و لا إشكال، لوجود المقتضى و عدم المانع.

و لو أعتقه كذلك و لم يقومه على نفسه بمعنى عدم إدخاله فى ملكه أو كان الولد بالغا رشيدا لا ولايه له عليه لم يصح وفاقا للمشهور، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، و إن احتمل فى الدروس الصحه فى الأول، و يكون ضامنا للقيمه، كعتق البائع ذى الخيار، لما عرفت من اشتراط الملك فى العتق، خلافا للمحكى عن النهايه التى هى متون أخبار من الصحه، ل

خبر الحسين بن علوان (۳) الضعيف و لا۔ جابر له عن زيد بن على، عن آبائه، عن على عليهم السلام قال: «أتى النبى صلى الله عليه و آله رجل فقال: يا رسول الله إن أبى عمد إلى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من كتاب الايمان الحديث ۴.

۲- ۲ سوره البلد: ۹۰- الآيه ۱۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶۷- من كتاب العتق الحديث ۱.

مملوک لی فأعتقه بهیئه المضره لی فقال رسول الله صلی الله علیه و آله: أنت و مالک من هبه الله لأبیک، أنت سهم من کنانته، یَهَبُ لِمَنْ یَشاءُ إِناثاً وَ یَهَبُ لِمَنْ یَشاءُ الذُّکُورَ، وَ یَجْعَلُ مَنْ یَشاءُ عَقِیماً، جازت عتاقه أبیک، یتناول والدک فی مالک و بدنک، و لیس لک أن تتناول من ماله و لا من بدنه شیئا إلا بإذنه»

الواجب حمله کما صرح به غیر واحد علی إراده رجحان إجازه الولد للوالد فی ذلک، و حینئذ فیخرج شاهدا علی صحه الفضولی، و الله العالم.

و لو شرط علی المعتق شرطا سائغا فی نفس العتق لزمه الوفاء به فی الجمله بلا خلاف کما اعترف به غیر واحد، بل فی نهایه المرام الإجماع علیه،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (۱)

و إطلاق ما دل (۲) علی شرعیه العتق الشامل للمشروط و غیره، و خصوص المعتبره المستفیضه، ک

صحیح أبی العباس (۳) عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن رجل قال: غلامی حر و علیه عماله کذا و کذا، قال: هو حر و علیه العماله»

و صحیح یعقوب بن شعیب (۴)

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أعتق جاریه و شرط علیها أن تخدمه عشر سنین، فأبقت ثم مات الرجل، فوجدها ورثته، أ لهم أن یستخدموها؟ قال: لا»

و صحیح محمد بن مسلم (۵) عن أحدهما علیهما السلام «فی الرجل یقول لعبده: أعتقتک علی أن أزوجک ابنتی، فإن تزوجت علیها أو تسریت فعلیک مأه دینار، فأعتقه علی ذلک، فیتزوج أو یتسری، قال: علیه مأه دینار»

و صحیح حریز (۶) قال: «سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل قال لمملوکه:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴ من کتاب النکاح.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱ و غیره- من کتاب العتق.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب العتق الحدیث ۳.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۵ عن أبی جریر قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام.» الا أن فی الکافی ج ۶ ص ۱۹۱ و التهذیب ج ۸ ص ۲۲۴ و الاستبصار ج ۴ ص ۱۱ عن أبی جریر قال: «سألت أبا الحسن علیه السلام.» و لکن فی الفقیه

ج ۳ ص ۹۲ عن حریز قال؛ «سألت أبا الحسن علیه السلام.» و فی ذیل الحدیث فی الجمیع «و أنت حر برضا المملوک».

أنت حر و لی مالک، قال: لا یبدأ بالحریه قبل المال، فیقول له: لی مالک و أنت حر، إن یرضی المملوک فالمال للسید»

إلی غیر ذلک من النصوص (۱)

الداله علی صحه الشرط فی الجمله، من غیر فرق بین المال و الخدمه و غیرهما.

نعم فی الأخیر منهما (۲) اعتبار تقدم الشرط علی الصیغه و لم أجد به قائلا هنا، بل صریح بعض النصوص (۳)

السابقه خلافه، فضلا عن إطلاق الآخر و العمومات، و حینئذ فهو عتق و شرط، لا عتق معلق علی الشرط، و یتحقق کونه شرطا فی العتق بإراده اللافظ و قصده بقوله: «أنت حر و لی علیک ألف» و الشرط علی وجه یکون المجموع صیغه واحده داله علی مجموع الأمرین.

و لکن بقی شی ء، و هو أن مقتضی بعض الأدله المزبوره قابلیه غیر العتق من الإیقاع للشرط حتی الطلاق، و قد تقدم فی الطلاق خلاف ذلک، و أنه متی قال:

«أنت طالق علی کذا» و لم تکن کراهه بینهما لا- تلتزم به و إن رضیت بذلک، خلافا لمن عرفت، فالأولی الاقتصار فی صحه الشرط فی الإیقاع علی خصوص العتق، للأدله الخاصه، و عدم منافاه الشرط فیه القواعد العامه حتی مع عدم القبول، لما ستعرف من کونه مملوکا له عینا و منفعه، بل هو کل علیه لا یقدر علی شی ء، فتأمل جیدا.

و علی کل حال فلا إشکال فی صحه الشرط حینئذ.

إنما الخلاف فی اعتبار رضا العبد بالشرط و عدمه، فظاهر المتن و صریح

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰ و ۱۲- من کتاب العتق.

۲- ۲ هکذا فی النسخه الأصلیه المسوده و المبیضه و الصحیح «منها» فان الضمیر یرجع الی النصوص.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب العتق.

المحکی عن غیره الثانی مطلقا، لأنه مالک له و مستحق لمنافعه و کسبه و له الضریبه المقدوره له علیه، فهی إیجاب مال من کسبه، فإذا شرط علیه خدمه أو مالا فقد فک ملکه عنه و عن منافعه و استثنی بعضها، فله ذلک، مضافا إلی عموم أدله الشرائط (۱)

و إطلاق أدله مشروعیه العتق (۲)

و إطلاق النصوص (۳)

الخاصه المتقدمه عدا الأخیر (۴)

منها.

و قیل: یشترط قبوله مطلقا کالکتابه، لاقتضاء التحریر تبعیه المنافع، فلا یصح شرط شی ء منها إلا بقبول المملوک، و للصحیح الأخیر (۵)

و عدم الدخول فی

عموم «المؤمنون عند شروطهم» (۶)

فی صدق الشرط علیه عرفا بدون الرضا مع أصل البراءه من الوفاء.

و فیه أن ذلک مقتضی التحریر المطلق لا المشروط الذی تحصل الحریه فیه مستحقا علیه ذلک، و الصحیح الأخیر أخص من المدعی، مع أنک ستعرف ما فیه، و دعوی اعتبار الرضا فی صدق الشرط علیه أو فی الدخول فی

عموم «المؤمنون»

ممنوعه، ضروره تبعیه الشرط لما یقع فیه: من العقد المحتاج إلی القبول، و الإیقاع الذی لا یحتاج إلیه، و شرطیته بمعنی الالتزام فیه، بل قد عرفت أن إطلاق أدله العتق مثلا یشمل المطلق و المشروط، و أصل البراءه لا یعارض إطلاق الأدله، فلیس حینئذ إلا الصحیح (۷)

المزبور، لکنه کما عرفت أخص من المدعی.

و من هنا قیل بالتفصیل فیشترط رضاه إن کان المشروط علیه مالا و لا یشترط

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴ من کتاب النکاح. و الباب- ۴- من أبواب المکاتبه و الباب- ۶- من

أبواب الخيار من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١ و غيره- من كتاب العتق.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٠ و ١١ و ١٢ من كتاب العتق.

٤- ۴ راجع التعليقه ۶ من ص ۱۱۶.

٥- ۵ راجع التعليقه ۶ من ص ۱۱۶.

٦- ۶ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ۴ من كتاب النكاح.

٧- ٧ راجع التعليقه ۶ من ص ۱۱۶.

إن كان خدمه، و ذلک لأن الخدمه مستحقه للمولی بالأصاله، فشرطها کاستثناء بعض المملوک عن النقل بخلاف شرط المال، فإنه غیر مملوک للمولی، و لا یجب علی المملوک تحصیله، بل الواجب علیه بذل العمل، سواء ترتب علیه المال أم لا، فهو حینئذ کالکتابه المعتبر فیها القبول، و أما الضریبه فتمنع لزومها له بدون قبوله، و لذلک اختاره ثانی الشهیدین و غیره، مضافا إلی ما قیل من الاقتصار فی الحکم بإلزام العبد شیئا لسیده بدون رضاه علی موضع الیقین.

و فیه (أولا) ما قیل من أن راوی الروایه (۱)

المزبوره علی ما فی التهذیب أبو جریر، لا حریز، و هو غیر موثق، فلا تصلح مقیده حینئذ لما سمعت من النصوص.

و (ثانیا) أنها مشتمله علی اشتراط کون المال الموجود للعبد للسید، و قد عرفت أن التحقیق عدم ملکیه العبد، و أن جمیع ما فی یده لسیده، فلا وجه لاشتراطه، وفاقا لما سمعته سابقا من اشتمالها علی اعتبار تقدم الشرط الذی لم نجد قائلا به هنا عدا ما یحکی عن الشیخ، و هو مخالف لإطلاق النصوص (۲)

و خصوصها.

بل فی الریاض المناقشه فی الأخیر (۳)

بأنه «لو أرید بالتعیین معناه الأخص کان حصوله فی الشق الأخیر و هو اشتراط الخدمه محل نظر، لمکان الخلاف فیه، و عدم استفاده شی ء من الصحیحه الأخیره سوی المظنه، و إن أرید به معناه الأعم الشامل لها صح نظرا إلی حصولها فیه من إطلاق الصحیحه الأخیره، إلا أنها حاصله من إطلاق

الصحیحه الأخری (۴)

فی الشق المقابل المشروط فیه المال کما هو محل البحث».

و بالجمله فإن کان الظن الحاصل من الإطلاق کافیا فی هذا الحکم المخالف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰ و ۱۱ و ۱۲- من کتاب العتق.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب العتق الحدیث ۳.

للأصل فی غیر مورد البحث فلیکن کافیا فیه، و إلا فلا یکون کافیا مطلقا، و الفرق تحکم، و التعیین بالمعنی الأخص لمکان الخلاف غیر متحقق، و إن کان قد یناقش بأن الصحیحه الأخیره علی فرض اعتبارها تکون مقیده لغیرها بالنسبه إلی المال، أما الخدمه فتبقی علی مقتضی إطلاق الأدله الذی لا معارض له، بخلاف المال الذی لا أقل من الشک فی صحه اشتراطه مطلقا، للاختلاف فی النصوص المزبوره، فیکون المتیقن منه حینئذ المقارن للقبول لا مطلقا، و الأمر سهل بعد وضوح الحال بذلک، و أن الأقوی الصحه مطلقا، لما عرفت و لأنه مالک لنفسه و منفعته و کسبه و مسلط علیه، بل لا یقدر علی شی ء الذی منه عدم القبول.

نعم لو شرط إعادته فی الرق إن خالف فعن الشیخ فی النهایه و القاضی و غیرهما أعید إلیه مع المخالفه عملا بالشرط و

موثق إسحاق بن عمار (۱) عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن الرجل یعتق مملوکه و یزوجه ابنته و یشترط علیه إن هو أغارها أن یرده فی الرق، قال: له شرطه».

و قیل: یبطل العتق و الشرط لأنه اشتراط لاسترقاق من ثبتت حریته فیکون شرطا غیر سائق، و یتبعه بطلان العتق المقصود وقوعه علی الشرط المزبور، و لا یرد مثله فی المکاتب المشروط الذی لم یخرج عن مطلق الرقیه، و معنی قول السید: «فان عجزت فأنت رد فی الرق» الرق المحض الذی لیس بکتابه، لا مطلق الرق الذی لم ینف بالکتابه، و عدم الأخص أعم من عدم الأعم، و الروایه مع کونها من الموثق الذی فیه ما فیه شاذه کما فی المحکی من نکت المصنف علی النهایه، فلا یثبت بها الحکم المزبور المخالف لأصول المذهب و قواعده التی منها عدم عود الحر- بعد أن صار حرا- رقا، بل ربما قیل: إن أقصی ما فیه عوده فی الرق، و هو صادق مع بطلان العتق و إن کان قد یناقش بأن الرد موضوع للرجوع بعد المفارقه التی لا یقول بها القائل بالفساد، اللهم إلا أن یراد بها فی الموثق المجاز من باب تسمیه الشی ء باسم ما یؤول إلیه کتسمیه العنب خمرا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب العتق الحدیث ۲.

أو من باب تسمیه السبب باسم المسبب، لکنه کما تری.

و عن ابن إدریس بطلان الشرط لما عرفت دون العتق، و تبعه فخر المحققین لبناء العتق علی التغلیب، و فیه أنه یقتضی الصحه بدون مقتضیها، نعم هو منه مبنی علی مذهبه فی العقود و غیرها، و هو عدم اقتضاء بطلان الشرط فیها بطلانها، لأنه التزام مستقل فیها لا مدخلیه له فیها، ضروره عدم کونه شرطا بالمعنی اللغوی، بل المراد أنه التزام، و قد قدمنا فی البیع فساده، و أوضحناه. و قلنا: إنه و إن کان بمعنی الالتزام إلا أنه لا ریب بارتباطه بقصد العقد علی وجه حصول القصد للعقد المشتمل علی الشرط المزبور، و من هنا قلنا بثبوت الخیار له مع فرض عدم الوفاء به، بل یمکن التزام مثله هنا بناء علی مشروعیه عود الحر رقا بالوجه المزبور، إلا أن التحقیق خلافه، و شذوذ الموثق (۱)

المزبور یمنع من العمل به، بل اتفاقهم علی عدم الخیار بعدم الوفاء بالشرط بالعتق کاشف عن عدم مشروعیه ذلک، و مضعف أیضا للعمل بالموثق المزبور، ضروره اقتضاء الشرط ذلک مع فرض إمکانه، و إلا لم یکن لشرطیته و لو بمعنی الالتزام الراجع إلی القصد فی العقد معنی، کما هو واضح.

و من هنا مضافا إلی ما عرفت کان الأقوی البطلان، کما عن المصنف فی النکت و الفاضل فی جمله من کتبه و الشهید و غیرهم، بل لعله من العتق المعلق، إذ لا فرق بین تعلیقه مطلقا و تعلیقه مشروطا و لو بتعلیق شرطه، و إن کان قد یمنع ذلک أولا، و یلتزم بصحه نحوه للخبر (۲)

المزبور، ضروره کونه حینئذ کاشتراط المأه دینار إن تزوج أو تسری الذی تضمنته الصحاح (۳)

التی لا یعرف لها رادا بالنسبه إلی ذلک، فالعمده حینئذ ما ذکرناه من بطلان الشرط نفسه، لما عرفت.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب العتق الحدیث ۱ و ۳ و الباب- ۳۷- من أبواب المهور من کتاب النکاح.

و مما ذکرنا بان أنه لا إشکال فی أنه لو شرط خدمه زمان معین علی المعتق صح بلا خلاف فیه نصا (۱)

و فتوی علی حسب ما سمعته، نعم فی نهایه المرام «لو کان الشرط خدمه المولی أو غیره مده حیاته فظاهر الأصحاب عدم صحته للجهاله، و لو قیل بالصحه لم یکن بعیدا، لأنه معین فی نفسه، فیتناوله عموم

قوله صلی الله علیه و آله (۲)

«المؤمنون عند شروطهم».

قلت: بل لم نتحقق ما حکاه عن ظاهرهم، بل لعل ظاهر إطلاقهم صحه الشرط خلافه، مضافا إلی ما سمعته سابقا مما یقتضی الجواز، و هل تجب نفقته مده الخدمه علی المعتق؟ کما عن ابن الجنید، لقطعه عن التکسب، أو لا کما هو الظاهر، لأنها تابعه للملک، و الفرض زواله، و حینئذ ینفق علیه من بیت المال، أو یستثنی له تکسب مقدار قوته.

و کیف کان ف لو قضی المده آبقا لم یعد فی الرق بلا خلاف أجده فیه بینهم، بل و لا إشکال حتی لو أراد المولی إعادته لاستصحاب حریته و لقاعده عدم عود الحر رقا و غیر ذلک.

و لکن هل للمولی أو لورثته مطالبته بأجره مثل الخدمه فی تلک المده؟ قیل و القائل الشیخ فی محکی النهایه و الإسکافی و من تبعهما علی ما قیل لا مطالبه له و لا لهم بالأجره، بل لیس للورثه المطالبه بالخدمه لو فرض بقاء بعض المده، لصحیح یعقوب بن شعیب (۳)

المتقدمه سابقا و الوجه اللزوم (۱۱) وفاقا لکافه المتأخرین کما قیل، لأنها حق متقوم بالمال، فیثبت علی من فوته قیمته، و هی أجره المثل، و أما مطالبه الوارث بالخدمه مع فرض بقاء المده فلا ینبغی التوقف فیها، ضروره کونه حقا یورث، و الصحیح (۴)

المزبور منزل علی وجدانها بعد انقضاء المده الذی من المعلوم فیه عدم جواز مطالبه المولی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴ من کتاب النکاح.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب العتق الحدیث ۱.

فضلا عن وارثه بالاستخدام مثلها، إذ هی لیست من المثلیات التی تضمن بمثلها، بل هی بحکم القیمی، أو علی أن الشرط قد کان خدمه المولی و قد فاتت بموته، فلا یجب علیه خدمه غیره، و علی کل حال لا ینبغی الخروج به عما یقتضیه القواعد، و الله العالم.

و من وجب علیه عتق فی کفاره أو غیرها لم یجزه التدبیر و إن نوی به بلا خلاف و لا إشکال، لأن الواجب العتق المنجز، و التدبیر وصیه بالعتق أو عتق معلق کما تقدم ذلک فی الکفارات، و

قال إبراهیم الکرخی (۱): للصادق علیه السلام «إن هشاما سألنی أن أسألک عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث بسیده حدث، فمات السید و علیه تحریر رقبه واجبه فی کفاره، أ یجزئ عن المیت العبد الذی کان السید جعل له العتق بعد موته فی تحریر رقبته التی کانت علی المیت؟

قال: لا».

و إذا أتی علی العبد المؤمن سبع سنین استحب عتقه

للمرسل (۲) عن الصادق علیه السلام «من کان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنین، أعتقه صاحبه أم لم یعتقه»

المحمول علی ذلک، للإجماع بقسمیه علی عدم انعتاقه بعد ذلک، و لکن لا بأس بحملها علی الندب و إن کانت مرسله للتسامح.

بل یستحب عتق المؤمن مطلقا و إن تأکد فی الأول لما فیه من الإحسان إلیه بتخلیصه من الرق. و قد سمعت ما ورد (۳)

فی عتق الرقبه المؤمنه.

نعم یکره عتق المسلم المخالف کراهه عباده، ل

قول الصادق علیه السلام (۴):

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب الکفارات الحدیث ۱ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۳- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب العتق الحدیث ۸ و الباب- ۳- منه.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۳.

«ما أغنى الله عن عتق أحدكم، تعتقون اليوم فيكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا»

المحمول على الكراهه، لإطلاق أدله العتق، و خصوص

خبر أبي راشد (۱) سأل الجواد عليه السلام «أن امرأه من أهلنا اعتل صبى لها، فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلانه جاريتى حره، و الجاريه ليست بعارفه، فأيما أفضل؟

تعتقها أو تصرف ثمنها فى وجوه البر، فقال: لا يجوز إلا عتقها»

و غير ذلك و إن كان قد يجرى فيه بعض ما سمعته فى منع عتق الكافر، و الله العالم.

و كذا يكره عتق من لا يقدر على الاكتساب قيل: ل

صحيح هشام بن سالم (۲)

«سألته عن النسمه فقال: عتق من أغنى نفسه»

و فيه أنه لا دلاله فيه على الكراهه، بل أقصاه تأكد الندب فى خصوص من أغنى نفسه، و كذا

قول الرضا عليه السلام (۳): «من أعتق مملوكا لا حيله له فان عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان على عليه السلام يفعل إذا أعتق الصغار و من لا حيله له»

إنما يدل على استحباب العيلوله به، لا على كراهه عتقه.

و كيف كان ف لا بأس بعتق المستضعف لأن

الحلبى فى الصحيح (۴)

«قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرقبه تعتق من المستضعفين، قال: نعم»

لكن قد سمعت

قول الصادق عليه السلام (۵): «لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا»

المحمول على الكراهه التى هى أسهل من كراهه عتق المخالف.

و من أعتق من يعجز عن الاكتساب استحب إعانته لما سمعت، و الله العالم.

١- ١ الوسائل- الباب- ٦٣- من كتاب العتق الحديث ١ عن أبى على بن راشد.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٥- من كتاب العتق الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١۴- من كتاب العتق الحديث ١.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ١.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ١٧- من كتاب العتق الحديث ٣.

[و يلحق بهذا الفصل مسائل]

[المسأله الأولى لو نذر عتق أول مملوک يملكه صح النذر]

و يلحق بهذا الفصل مسائل

الاولى:

لو نذر عتق أول مملوک يملكه مثلا صح النذر و إن كان المنذور مجهولا، لعموم أدله النذر (۱)

و خصوص ما تسمعه من النصوص (۲)

فى المقام ثم إن اتفق ملک واحد بشراء أو إرث أو نحوهما أعتق من غير انتظار لملک آخر بعده على الأظهر للصدق عرفا.

ف أما لو ملک جماعه دفعه ف قيل و القائل الشيخ فى النهايه و الصدوق و جماعه كما فى المسالک بل فى الرياض نسبته إلى الأكثر يعتق أحدهم بالقرعه لانتفاء الأولويه عن كل منهم، و ل

صحيح الحلبى (۳) عن الصادق عليه السلام «فى رجل قال: أول مملوک أملكه فهو حر، فورث سبعه جميعا، قال: يقرع بينهم، و يعتق الذى يخرج اسمه»

و نحوه آخر (۴).

و قيل و القائل: الإسكافى و الشيخ أيضا فى التهذيب و المصنف فى النكت و الشهيد فى الشرح على ما حكى يتخير و يعتق إلا أن يموت فالقرعه، ل

خبر الصيقل (۵)

«سألت الصادق عليه السلام عن رجل قال: أول مملوک أملكه فهو حر فأصاب سته، قال: إنما كان نيته على واحد، فليتخير أيهم شاء فليعتقه»

و لأنه

۱- ۱ سوره الحج: ۲۲- الآيه ۲۹ و الوسائل الباب- ۳ و غيره- من كتاب النذر و العهد.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۷- من كتاب العتق.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱۵ من كتاب القضاء.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۷- من كتاب العتق الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵۷- من كتاب العتق الحديث ۳.

بعـد أن كـان المقصود واحـدا و عـدم اختصـاص أحـدهم بوصف الأـوليه- بـل هى لاـحقه لكـل منهم، إذ الأـول إما بمعنى غير المسـبوق، أو بمعنى السابق غير المسبوق، و كل منهما صادق على كل منهم- يتجه التخيير، كما فى كل عنوان للأمر، فلا إشكال و لا اشتباه كى يلزم بالقرعه، لكن لا بأس باختياره ما يخرج بها، بل لعل ذلك أولى، و عليه يحمل خبر القرعه.

و قيل كما عن السـرائر لا يعتق شـيئا، لأنه لم يتحقق شرط النذر الذى هو وحده المملوك، و لا أول للمملوكيه دفعه إلا الجمله و عتقهـا غير مقصود، و الأصل البراءه. و لكنه كالاجتهاد فى مقابله النص، كما عرفت من أن الأول بل و الثانى مروى و إن اختلفت فى الصحه و عدمها، على أنه إنما يتم لو اعتبر فى الأوليه السبق على جميع المماليك، و هو ممنوع، و لعل الأقوى منهما الأخير، و فى القواعـد «يحتمل حريه الجميع لأن الأوليه وجـدت فى الجميع، كما لو قال: من سـبق فله عشـره فسـبق جماعه، فان لكل منهم عشره» و يؤيده

خبر عبد الله بن الهاشـمى رفعه (۱) قال: «قضـى أمير المؤمنين عليه السـلام فى رجل نكـح وليـده رجل أعتق ربها أول ولد تلده، فولدت توأما فقال: أعتق كلاهما»

و عن بعض الكتب (۲)

إرسال نحو ذلک عن على عليه السـلام و الصادقين عليهما السـلام، و فيه ضعف، لعدم العموم هناک للتنكير، بخلاف لفظه «من» فإنها تعم الواحد و الكثير، و المرسل لا حجه فيه فضلا عن أن يعارض ما عرفت، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۱- من كتاب العتق الحديث ۱ عن عبد الله بن الفضل الهاشمى عن أبيه رفعه.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۲۷- من كتاب العتق الحـديث ۱ نقلا عن دعائم الإسـلام عنهم عليهم السـلام الا أن فيها ج ۲ ص ۳۰۵ ذكر روايه عن على و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السلام انهم قالوا. ثم ذكر عقيب ذلک فى ص ۳۰۶ «و عنهم عليهم السلام» فالضمير يرجع الى على و الصادقين عليهم السلام.

[المسأله الثانیه لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمین کانا معتقین]

المسأله الثانیه:

لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمین دفعه کانا معا معتقین بلا خلاف أجده لعموم لفظه «ما» و ما

روی عن بعض الکتب (۱) عن الصادق علیه السلام أنه قال: «من أعتق حملا لمملوکه له أو قال لها: ما ولدت أو أول ما تلدینه فهو حر فذلک جائز و إن ولدت توأمین عتقا جمیعا»

نعم لو ترتبا فی الولاده عتق الأول خاصه، لأنه الأول حینئذ قطعا.

لکن فی الریاض بعد الاستدلال بمرفوع الهاشمی المتقدم قال: «و إطلاقه بل عمومه الناشئ من ترک الاستفصال یشمل صورتی ولادتهما معا و متعاقبا، بل لعله بمقتضی الغلبه ظاهر فی الأخیر جدا، و لذا أطلق الحکم فی العباره تبعا للنهایه و القاضی و جماعه- إلی أن قال-: و ذکر جماعه أنه مذهب الأکثر، و به یمکن جبر الخبر، مضافا إلی إمکان توفیقهما مع الأصل علی تقدیر ترجیح العرف علی اللغه، إذ یصدق علی مجموع التوأمین أنهما أول ما ولدته و لو ولدتهما علی التعاقب عرفا و إن لم یصدق ذلک لغه».

و فیه منع صدق العرف مع ملاحظتهما أنفسهما، و مع ملاحظه النسبه إلی غیرهما یصدق علی کل متعاقبین، و هو معلوم العدم، و الخبر المزبور المعلوم بناء ما فیه علی العرف یجب تنزیله علی الدفعه، کما أنه یجب حمله علی إراده التعدد من النکره المذکوره فیه، و إلا کان الواجب عتق واحد منهما فیما لو ولدتهما دفعه، کالمسأله الأولی فضلا عن التعاقب، کما هو واضح.

و بذلک فرقوا بین المسألتین فإن متعلق الاولی مملوک، و هو نکره فی سیاق الإثبات، و الثانیه لفظ «ما» و هی للعموم، لکن فی الریاض «فیه نظر للحوق الحکم بالمضاف دون المضاف إلیه، و هو نکره علی الإطلاق، مع أن النص فی المسأله متضمن

۱- ۱ المستدرک الباب- ۲۷- من کتاب العتق الحدیث ۲.

للسؤال عن عتق أول ولد تلده، و هو بعينه كالمسأله الأولى».

قلت: لا ـ يخفى عليك ما فيه، نعم يجب إراده الموصوله من لفظ «ما» لا الموصوفه التى هى بمعنى أول مولود تلده و إلا كانت كالمسأله الاولى، و لعل الإطلاق يحمل على الأول، كما هو مقتضى النص و الفتوى أو على معلوميه كون المراد من الأول ما يشمل التعاقب المزبور.

و لو ولدت الأول ميتا احتمل بطلان العتق و انحلال النذر، لأن شرط النذر وجد فى الميت الذى هو ليس محلا للعتق، و احتمل الصحه فى الحى الذى تلده بعد ذلک، لأن الظاهر تعلق النذر بأول حى تلده، و لعل الأول أقوى.

و لو ولدته مستحقا للعتق كالمقعد لم يعتق الثانى أيضا فى أقوى الوجهين، بل فى المسالک هو أولى من الأول بذلک، لصلاحيته للعتق هنا، غايته اجتماع سببين، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو كان له ماليک فأعتق بعضهم ثم قيل له: هل أعتقت ماليکک فقال نعم انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصه]

المسأله الثالثه:

لو كان له ماليک فأعتق بعضهم ثم قيل له: هل أعتقت ماليکک؟ فقال:

نعم انصرف الجواب إلى من باشر عتقهم خاصه فى نفس الأمر، فإن العتق لا يتحقق إلا بصيغته و فى الظاهر لأنه إنما أقر بعتق عبيده، و يصدق على البعض أنهم عبيده، فلا يؤخذ بعتق الكل، و إن ظهر السؤال فيه، إذ يسمع من المفسر التأويل فضلا عن مثله، و ل

خبر زرعه (۱) سألته «عن رجل قال لثلاثه من ماليک له: أنتم أحرار و كان له أربعه، فقال رجل من الناس: أعتقت ماليکک؟ قال: نعم، يجب العتق للأربعه حين أجملهم أو هو للثلاثه الذين أعتقوا؟ فقال: إنما يجب العتق لمن أعتق».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من كتاب العتق الحديث ۱ عن زرعه عن سماعه قال: «سألته.».

نعم هـل يشترط فی عـدم الأخـذ بعتق الجميع الكثره فيمن أعتقه؟ فی القواعـد «الأقرب ذلک» و لعله لصـدق «عبيـدک» و إلا لم يكن له أن يقول إنما أقررت بعتق الواحد أو الاثنين، فإنه تأويل لا يطابقه اللفظ، فلا يسـمع، و لكن ظاهر المصنف و غيره العدم، و لعله لجواز أن يقول: «إنما أردت إيقاع العتق فی جملتهم» و هو يصدق علی واحد منهم.

قلت: قـد ينـاقش فی ذلـک، أولا بأن البحث فيما يحمل لفظه عليه لا فی خصوص التـداعی و ادعاء التأويل، و لا ينبغی التأمل فی حمله فی الأخير علی الجميع ظاهرا أخذا بظاهر اللفظ، بل و فی الأول أيضا، لأن الجمع المضاف مفيد له، و خبر زرعه (۱)

إنمـا يراد منه فی نفس الأـمر أو أنه لاـ يحصـل العتق بقول: «نعم» المقتضـی لإعاده السؤال علی الجميع و إن قصـد ذلک، بل هو حاصـل لمن أعتقهم بصـيغه العتق لاـ أن المراد منه- مع عـدم العلم بالحـال- الحكم بعتق الثلاـثه خـاصه المعلوم أنه أعتقهم دون الرابع الذی هو محل شک صـرفا لجوابه فی خصوص المعلوم، إذ هو كما تری لا يوافق إراده ما فی نفس الأمر و لا ظاهر الإقرار، إذ الأول لا فرق فيه بين المتحد و المتعدد، و الثانی لا بد من حمله علی الجميع، و من هنا أنكر علی العلامه الشرط المزبور بعض من تأخر عنه.

لكن فی شـرح الفخر «أن الجمع المضـاف و إن كـان الحق أنه للعموم لكن لاـ يحمـل عليه هنـا، لأـنه إذا أعتق ثلاثه من مماليكه يصـدق قوله: هؤلاـء مماليكی حقيقه، فإذا قيل له: أعتقت مماليک فقال: نعم و هی تقتضـی إعاده السؤال و تقريره، فيكون إقرارا بعتق المماليـک الـذين انعتقوا، و لاـ يلزم بغيرهم، لأصـاله البراءه، و لأـن الإـقرار إنمـا يحمـل علی المحقق المتيقن، لا علی ما فيه احتمال، و هل يشترط فی الاقتصار عليه كثره بحيث يصـدق عليه الجمع حقيقه أم لا؟ قولان، و منشأ القولين أن اللفظ إنما يحمل علی الإقرار علی أصل الحقيقه، و من حيث أصل البراءه، و من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من كتاب العتق الحديث ۱ عن زرعه عن سماعه قال: «سألته.».

جواز التجوز به أو يتفرع على ذلـک الاكتفـاء بالواحـد و عـدمه، فعلى عـدم الاـشتراط يكتفى بالواحـد، و على عـدمه لاـ يكتفى بالواحد، و يلزم بعتق ما يصدق عليه الجمع حقيقه، و يكون فى الباقى كالمشتبه» و قد حكاه عنه على طوله فى المسالك و أطنب فى رده حتى ذكر خمسه أوجه فى مناقشته.

و لكن الحق عـدم ورودهـا جميعها أو جمله منها، ضـروره كون مراده بل و مراد الأصـحاب بل و ما فى الروايه أنه لا يحكم عليه بالإـقرار بعتـق الجميـع مع الظن أو الشـک بـإراده الإـقرار بمن وقع عتقه منهم، و لأـنه بمنزله العهـد الـذى يحمـل اللفـظ فيه على المعهود، و لا ينافى ذلک كون الجمع المضاف للعموم المعلوم إراده كون عمومه على حسبه فى نحو «هؤلاء مماليكى».

و بالجمله الغرض حيث إنه لا يحصل ظن بالمراد من اللفظ و أن مراد لافظه التوصل إلى مقصوده بما يؤديه نفس اللفظ لا يحكم عليه بمعنى اللفـظ، و يرجع حينئـذ إلى المتيقن، لأـن الأصـل براءه الـذمه، و على ذلک مبنى هـذه المسأله، فلا وجه لاطناب ثانى الشـهيدين فيها، إذ لا كلام فى حمل الجمع المضاف على العموم، و مما يؤيد ما ذكرناه فرضهم المسأله فيمن وقع منه عتق بعض مماليكه و غير ذلک مما يصرف اللفظ عن إراده الإقرار بما يؤديه نفس لفظه مع عدم القرينه.

و ما أشبه ما نحن فيه بما رواه

الوليد بن هشام (۱) قال: «قدمت من مصر و معى رقيق. فمررت بالعاشر، فسألنى، فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينه فدخلت على أبى الحسن عليه السلام فأخبرته بقولى للعاشر، فقال: ليس عليک شى ء»

سواء كان المراد عدم حصول التحرير بهذا اللفظ أو عدم الحكم عليه بظاهر إقراره، و كان المسأله من الواضحات و إن كثر كلام ثانى الشهيدين فيها فى المسالک، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۰- من كتاب العتق الحديث ۱.

[المسأله الرابعه لو نذر عتق أمته إن وطأها صح]

المسأله الرابعه:

لو نـذر عتق أمته إن وطأها صـح لما عرفت من عموم أدله النذر و قابليته للتعليق، و أنه ليس من العتق المعلق و حينئذ ف تعتق أو تنعتق بتحقق مسـمى الوطء نعم إن أخرجها عن ملكه انحلت اليمين فلو أعادها بملك مسـتأنف لم يعـد اليمين الـذى كان ظاهره التعليق على الوطء بالملـك الأـول، نحو مـا سـمعته فى الإيلاـء، نعم لو قصـد الأـعم من العائـد و الموجود فلاـ إشـكال فى عـدم الانحلال، كما لا إشكال فيه مع قصده الوطء بالملك الموجود.

إنما الكلام مع الإطلاق، و قد عرفت أن الظاهر منه ما ذكرناه، و يدل عليه مضافا إلى ذلك

صحيح محمد بن مسلم [(۱)] عن أحدهما عليهما السـلام «سألته عن الرجل تكون له الأمه فقال: يوم يأتيها فهى حره، ثم يبيعها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه»

المحمول على النـذر و شـبهه، لمـا عرفت من عـدم جواز التعليق فى العتق، و فى الروضه «و يشـهد له تعليله بأنهـا قـد خرجت عن ملكـه، و لـو لـم يكن منـذورا لم يتوقـف ذلـك على الخروج، كمـا لاـ يخفى» و إن كـان فيه مـا فيه. و على كـل حـال فقـد فهم الأصحاب منها ذلك و عملوا به، بل فى المسالك ما وقف على راد لها إلا ما يظهر من ابن إدريس.

نعم فى الروضه و كـذا المسالك «فى تعـديه الحكم إلى غير الوطء من الأفعال و إلى غير الأمه وجهان: من كونه قياسا و الفرض مخالفه الحكم للأصل من حيث إن خروجها عن ملكه لا مدخل له فى انحلال النذر، لأن غايته أن تصير أجنبيه منه و النذر يصح تعليقه بالأجنبيه كنذر عتقها إن ملكها، و هى فى ملك غيره ابتداء

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۹- من كتاب العتق الحديث ۱.

كما تقدم فى نظائره- و فيه ما عرفت من ظهور النذر فى الوطء بذلك الملك- و من إيماء النص إلى العله ب

قوله عليه السلام «قد خرجت عن ملكه»

و ذلك يوجب التعدى إلى ما توجد فيه العله المنصوصه». و فى الروضه «و هو المتجه».

و فيه أن المبنى إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغى أن يكون المدار عليه، لا- نفس الخروج عن الملك مطلقا، ضروره إمكان الفرق بين الوطء و غيره من الأفعال فى الظهور المزبور، بل ينبغى القطع بإيماء التعليل إلى ذلك، لا أن الحكم تعبدى.

ثم قال فيهما أيضا: «إن ظاهر الصحيح المزبور جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هى مسأله إشكاليه» ثم حكى فى الروضه عن الفاضل فى التحرير «اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حر فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل، و عن ولده أنه استقرب جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط قبل حصوله، و هذا الخبر حجه عليهما».

قلت: قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأول منهما، و أما مسأله التصرف فى المنذور المعلق على شرط فقد يقال: إن محلها ما لو كان المعلق عليه متوقعا كمعافاه المريض و نحوه، و أما مع فرض القطع بعدمه فلا إشكال فى الجواز، و الفرض فى المسأله أنه بالخروج عن الملك يمتنع المعلق عليه بناء على أن المراد الوطء بذلك الملك فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو نذر عتق کل عبد قدیم انصرف إلی من مضی علیه فی ملکه سته أشهر فصاعدا]

المسأله الخامسه:

لو نـذر عتق کل عبد قدیم انصـرف إلی من مضـی علیه فی ملکه سـته أشـهر فصاعدا إذا لم یکن هناک عرف یقتضـی خلافه أو قصـد کـذلک، بل نـذر و قصـد مصـداق ذلک فی نفس الأمر الـذی لا یمکن معرفه أول مصادیقه لأحد إلا علام الغیوب أو من أودعه علم ذلک، فإنه حینئـذ أعرف أهل العرف، ضـروره أن العرف العام إنما یعرف الأفراد المعلومه منه، کما أنه یعرف الأفراد المعلوم أنهـا لیست منه، أمـا أول المصادیق فلا طریق له إلی معرفته، فیکون المقام حینئـذ کبیانه علیه السـلام تحدیـد الوجه علی التحقیق و الرکوع و المسافه و نحو ذلک، و مع فرض عدم تجدد عرف آخر یکون هو المیزان.

و هذا هو المراد من

مرسل النهدی (۱) قـال: «دخـل أبو سـعید المکـاری علی أبی الحسن الرضا علیه السـلام، فقال له: أبلغ من قـدرک أن تـدعی ما ادعی أبوک؟ فقال له:

مالـک إطفـاء الله نورک، و أدخـل الفقر بیتـک، أما علمت أن الله أوحی إلی عمران أنی واهب لک ذکرا فوهب له مریم فوهب لمریم عیسـی، فعیسـی من مریم، و مریم من عیسـی، و مریم و عیسـی شـی ء واحـد، و أنا من أبی و أبی منی، و أنا و أبی شـی ء واحـد، فقـال له أبو سـعید: فأسألـک عن مسأله فقال: لا أخا لک، بعیـد أن تقبل منی و لست من غنمی و لکن هاتها، فقال: رجل قال عند موته: کل مملوک لی قدیم فهو حر لوجه الله، قال: نعم إن الله عز ذکره قال حَتّٰی عادَ کَالْعُرْجُونِ الْقَدِیمِ (۲) فما کان من ممالیکه أتی علیه سته أشهر فهو قدیم، فهو حر»

و عن تفسیر

۱- ۱ ذکر ذیله فی الوسائل الباب- ۳۰- من کتاب العتق الحدیث ۱ و تمامه فی الکافی ج ۶ ص ۱۹۵ و فیهما قال: «دخل ابن أبی سعید المکاری».

۲- ۲ سوره یس: ۳۶- الآیه ۳۹.

علی بن إبراهیم أنه رواه عن أبیه عن داود بن سعید (۱)

«سألته»

و حینئذ یکون حسنا.

و عن إرشاد المفید (۲)

«قضی علی علیه السلام فی رجل أوصی فقال: أعتقوا عنی کل عبد قدیم فی ملکی، فلما مات لم یعرف الوصی ما یصنع، فسأله عن ذلک، فقال: یعتق کل عبد له فی ملکه سته أشهر، و تلا الآیه»

و کان الشیخ فهم من المملوک العبد فعبر به، و لعله کذلک لا أن المراد منه تعبد محض، و إلا لم یکن وجه للاستدلال بالایه علی المکاری الذی هو لیس من غنمه، و یرید البرهان منه علی ما ادعاه، و حینئذ یکون المسأله علی الضوابط، و یتعدی من المقام إلی غیره، لکن علی الوجه الذی ذکرناه، و لعل قول المصنف و غیره: «انصرف» إلی آخره لا یخلو من إشعار.

لکن فی المسالک «هو شامل للذکور و الأنثی. و لکن الشیخ عبر بلفظ العبد، و تبعه المصنف و الجماعه، و تمادی الأمر إلی أن توقف العلامه فی تعدی الحکم إلی الأمه من حیث إن هذا الحکم علی خلاف الأصل، و لا دلیل علیه من جهه العرف و لا اللغه، و إنما مستنده الشرع، مع أن الروایه ضعیفه السند مرسله، و اعتذر فخر الدین عنه بأن المسأله إجماعیه و أن الإجماع لم یقع إلا علی العبد، فلذلک استشکل والده فی حکم الأمه، و الإجماع علی وجه یکون حجه ممنوع، بل کثیر من العلماء- کابن الجنید و سلار و الصدوق- لم یتعرضوا لها، و إن الأصل فیها الشیخ، و طریقته فی النهایه الاستناد إلی الروایات من غیر مراعاه طریقها، کما هو المعلوم من عادته، و لکن اتباع ابن إدریس له حملهم علی شبهه الإجماع، حیث إنه لا یعتمد علی أخبار الآحاد مطلقا، فعمله بمضمونها یدل علی فهمه أنه إجماع».

و هو من غرائب الکلام، بل لا یخلو من سوء ظن أو سوء أدب مع من عرفت،

۱- ۱ أشار إلیه فی الوسائل فی الباب- ۳۰- من کتاب العتق الحدیث ۱ عن داود بن محمد النهدی قال: «دخل أبو سعید.».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۰- من کتاب العتق الحدیث ۲.

و كيف كان فقد عرفت الوجه فى المسأله.

بل منه يعلم الوجه فى التعديه إلى نذر الصدقه و الإقرار و نحوهما مما يكون فيه الموضوع القديم، لكن على الوجه الذى ذكرنا، و ليس مبناه دعوى الحقيقه الشرعيه التى يمكن القطع بفسادها، كما ظنه بعضهم و ذكره وجها للتعدى.

و فى مقابله العدم، لمعارضته اللغه و العرف، و منع الحقيقه الشرعيه، و ضعف سند الخبر المزبور بالإرسال و غيره، و قصر الإجماع المدعى على مورده، و فيه أنه لا وجه للعمل به فى مورده مع فرض كون المتكلم من أهل العرف المفروض أن القديم فيه خلاف ذلك، و أنه أراد ما فى عرفه، بل يمكن القطع بعدم التعبد بذلك، بل ظاهر استدلال الامام عليه السلام خلافه، فتأمل جيدا.

و لو قصر الجميع عن سته أشهر ففى المسالك «فى عتق أولهم تملكا اتحد أم تعدد أو بطلان النذر وجهان» و فيه أنه لا وجه فى الصحه بعد فرض كون أقصى مصداق القديم السته، ثم قال: «و على الصحه لو اتفق ملك الجميع دفعه ففى انعتاق الجميع أو البطلان لعدم الوصف الوجهان» قلت: قد عرفت أن المدار على صدق الاتصاف بالقديم الذى هو من مضى له زمان من غير فرق بين المتحد و المتعدد، إلا أن المرجع فى أول مصداقه إلى من عرفت، لا أن المراد منه المتقدم على غيره، و الله العالم.

[المسأله السادسه من أعتق و له مال فماله لمولاه]

المسأله السادسه:

من أعتق و له مال فماله لمولاه لما عرفته فی کتاب البیع (۱) أنه لا یملک شیئا، و العتق إنما هو فک رقبته من دون تملیک شی ء له بعده، و حینئذ فنسبه المالیه له لأدنی ملابسه، بمعنی أن ما فی یده و مختص به، کثیابه و نحوها مما کان قد أباح المالک له التصرف فیه تصرف المالک بملکه.

و قیل و القائل جماعه من القدماء، بل فی الدروس نسبته إلی کافتهم، و فی نهایه المرام نسبته إلی الأکثر إن لم یعلم به المولی فهو له و إن علم به فهو للمعتق إلا أن یستثنیه المولی ل

صحیح زراره (۲) عن الباقر علیه السلام فی طریق، و عنه و عن الصادق علیهما السلام فی طریق آخر (۳) و عن أحدهما علیهما السلام فی طریق ثالث (۴)

«سألته عن رجل أعتق عبدا له و للعبد مال لمن المال؟ فقال: إن کان یعلم أن له مالا تبعه ماله، و إلا فهو للمعتق»

و موثقه الآخر (۵) عن أبی عبد الله علیه السلام «إذا کاتب الرجل مملوکه أو أعتقه و هو یعلم أن له مالا و لم یکن السید استثنی المال حین أعتقه فهو للعبد»

و نحوه الموثق الآخر (۶)

و فی خبر البصری (۷)

«سألته عن رجل أعتق عبدا له و للعبد مال و هو یعلم أن له مالا فتوفی الذی أعتق العبد،

۱- ۱ راجع ج ۲۴ ص ۱۷۱- ۱۸۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۴.

۳- ۳ الفقیه ج ۳ ص ۶۹ الرقم ۲۳۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۱ عن أبی جعفر علیه السلام الا- أن الموجود فی الکافی ج ۶ ص ۱۹۰ عن أبی عبد الله علیه السلام.

۶- ۶ الاستبصار ج ۴ ص ۱۰ الرقم ۳۱ و الفقیه ج ۳ ص ۶۹ الرقم ۲۳۷.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۶.

لمن یکون المال؟ یکون للذی أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذ أعتقه و هو یعلم أن له مالا فماله له، و إن لم یعلم فماله لولد سیده».

و فی المسالک بناء هذه المسأله علی مالکیه العبد، ثم حکی عن المختلف التوقف فی الحکم هنا مع قوله بعدم ملکیه العبد للنصوص (۱)

المزبوره و ناقشه أولا، و مال إلی القول به أخیرا.

قلت: و قد حکاه فی کشف اللثام عن الصدوق و الشیخ و جماعه ممن منع ملکیه العبد، بل عن المصنف أن المنع عن الملک مع بقاء الرقیه لا یستلزم المنع فی حال الحریه، فإذا ملک التصرف فیه ثم أعتقه أمکن أن یملک فی تلک الحال، لأنه صار له أهلیه الملک، فاستقر له الملک بالتملیک الأول و إن کان هو کما تری.

علی أن التفصیل المزبور لا یوافق قواعد الملک و لا قواعد عدمه، ضروره أن مقتضی الأول کون المال للعبد علی کل حال، کما أن مقتضی الثانی کونه للسید، نعم قد یقال: إن عدم استثنائه مع العلم به قرینه علی بقاء إباحته له، فإذا نوی به التملک بعد الحریه أمکن القول بکونه ملکا له، نحو تملک المال المعرض عنه أو المباح للتملک کنثار العرس و نحوه.

و علی کل حال فلا وجه للاستدلال بهذه النصوص علی الملکیه بسبب الإضافه التی یکفی فیها أدنی ملابسه، و ما أشبه هذه النصوص بالنصوص (۲)

الداله علی أن مال العبد إذا علم به السید و لم یستثنه عند بیعه العبد للمشتری، و إلا کان للبائع المحموله علی ما یقرب مما ذکرناه تنزیلا للنصوص المزبوره الذی مرجعه إلی حصول القرائن من السید علی الإعراض عن ماله أو إباحته له أو نحو ذلک، و مع فرض عدمها و لو لعدم العلم بالمال یبقی علی ملکیه السید، للأصل و غیره، کما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب بیع الحیوان من کتاب التجاره.

هو واضح. و أما احتمال التعبد بما فی هذه النصوص المزبوره و إن لم یوافق القوانین الشرعیه ففی غایه البعد، و الله العالم.

و بذلک بان لک أن الأول مع کونه أشهر أشبه بأصول المذهب و قواعده، و لا یعتبر فی تملک المال علی تقدیر استثنائه تقدیمه علی صیغه الحریه، للأصل و لأنه علی کل حال جزء من الصیغه أو بحکمه تقدم أو تأخر، فإن العبره بالقصد المفروض کونه مقیدا، فلا تؤثر الصیغه لو فرض تقدمها فی اللفظ علیه قبل ذکره.

خلافا للمحکی عن الشیخ و غیره، لخبر أبی جریر (۱)

المتقدم الذی قد عرفت عدم القائل به، بل معارض بإطلاق الأدله و خصوصها، کما تقدم الکلام فیه سابقا فی اشتراط المال علی العبد، فما فی الإیضاح- من أن الأقرب قول الشیخ، لحصول التحریر بصیغته، فیقع الزائد بعد السبب الموجب للتحریر، و لهذه الدقیقه شرط المصنف فی الشروط فی العقود أن تکون بین الإیجاب و القبول- واضح الضعف خصوصا بعد الإحاطه بما ذکرنا سابقا، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من کتاب العتق الحدیث ۵ و الذی تقدم ذکره کان بعنوان صحیح حریز، راجع التعلیقه ۶ من ص ۱۱۶.

[المسأله السابعه إذا أعتق ثلث عبیده و هم سته استخرج الثلث بالقرعه]

المسأله السابعه:

إذا أعتق أو أوصی بعتق ثلث عبیده مثلا- و هم سته و القیمه متحده استخرج الثلث بالقرعه بلا خلاف، بل عن صریح بعض و ظاهر آخر الإجماع علیه، بل و لا إشکال،

قال الصادق علیه السلام فی خبر محمد بن مروان (۱): «إن أبا جعفر علیه السلام مات و ترک ستین غلاما و أعتق ثلثهم فأقرعت بینهم و أخرجت عشرین فأعتقتهم»

و نحوه غیره (۲)

و فی

صحیح ابن مسلم (۳)

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یکون له المملوکون فیوصی بعتق ثلثهم، قال: کان علی علیه السلام یسهم بینهم»

إلی غیر ذلک من النصوص، مؤیدا ذلک بأن المقام من القسمه التی قد عرفت استعمال القرعه فیها، و لیس هو من قبیل الوصیه بکلی یرجع فی تعیینه إلی الوارث، لکن فی الدروس عن المصنف فی الفرض «یعینه الوارث، و القرعه علی الندب و الروایات حکایه حال» و هو کما تری، بل صحیح ابن مسلم لیس من حکایه الحال.

ثم إن ظاهر النص و الفتوی فی المقام و غیره عدم کون القرعه من خواص الامام علیه السلام لکن فی

خبر یونس (۴) قال: «فی رجل کان له عده من ممالیک فقال:

أیکم علمنی آیه من کتاب الله فهو حر، فعلمه واحد منهم ثم مات المولی و لم یدر أیهم علمه الآیه هل یستخرج بالقرعه؟ قال: نعم، و لا یجوز أن یستخرجه أحد إلا الإمام، فإن له کلاما وقت القرعه یقوله و دعاء لا یعلمه سواه و لا یقتدر علیه غیره»

و إن لم أر عاملا به، و یمکن حمله علی إراده أن استخراج المشتبه بها علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۵- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۵- من کتاب الوصایا الحدیث ۱ و الباب- ۱۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۰ من کتاب القضاء.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶۵- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳۴- من كتاب العتق.

وجه يوافق الواقع مختص بالإمام أو على غير ذلك.

و كيف كان ف صورتها و كيفيتها يكون طرق، و لكن المحكى عن النبى صلى الله عليه و آله (۱) ما ذكره المصنف و هو أن يكتب فى ثلاث رقاع اسم اثنين فى كل رقعه من غير تعرض فيها للحريه و الرقيه أو معه، ثم يستر و يخرج على الحريه أو الرقيه، فإن خرج على الحريه كفت الواحده و إن خرج على الرقيه استرق ما فيها و افتقر إلى إخراج اثنين آخرين، فان خرج على الرقيه أيضا أعتق الباقى و إلا استرق.

و إن كتب فى الرقاع الحريه و الرقيه من غير أن يكتب أسماء العبيد فليكتب فى رقعه حريه و فى رقعتين رقيه على نسبه المطلوب فى القله و الكثره، ثم يخرج باسم أحد الأجزاء الثلاثه الذين رتبوا سابقا على الكيفيه السابقه.

و يجوز أن يكتب فى الفرض سته رقاع إما بأسماء السته، كل واحد منهم فى رقعه ثم يخرج على الحريه أو الرقيه كما مر إلى أن يستوفى المطلوب، أو يكتب فى اثنين حريه و فى أربع رقيه ثم يخرج على واحد واحد إلى أن يستوفيه، و هذا الطريق و إن كان أعدل كما قيل، لأن جمع اثنين على حكم واحد يمنع من افتراقهما فى الرقيه و الحريه، و من الممكن خروج أحدهما حرا و الآخر رقا، بل فى قواعد الفاضل الأقرب استعماله فى جميع الفروض و إن كان هو كالاجتهاد فى مقابله النص المعمول به.

لكن المشهور بين الفقهاء هو الأول ل

ما روى (۲)

«من أن أنصاريا أعتق سته لا مال له سواهم، فجزأهم النبى صلى الله عليه و آله ثلاثه أجزاء فأعتق اثنين»

نعم هو متجه فى بعض الفروض الخارج عن مفروض النص مع عدم إمكان التعديل فيه، أما غيره فالأقوى جواز الجميع فيه.

و كيف كان فإذا تساووا عددا و قيمه و أمكن تجزئتهم ثلاثا كما فى السته

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۸۵.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۸۵.

مثلا أو اختلفت القیمه مع إمکان التعدیل أثلاثا کالسته إذا کانت قیمه ثلاثه منهم ستمائه کل واحد مأتان، و ثلاثه ثلاث مائه فلا بحث. أما فی الأول فظاهر، و کذا الثانی الذی یضم فیه کل خسیس إلی نفیس، و یجعلان ثلثا.

و لو اختلفت القیمه و لم یمکن التعدیل عددا علی حسب اختلافها کما لو کان قیمه واحد من السته مأتین و قیمه اثنین مأتین و قیمه ثلاثه مأتین عدل بها و أخرج ثلثهم قیمه و لو الواحد و طرح اعتبار العدد وفاقا للأکثر کما فی الریاض، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع علیه.

و لکن مع ذلک فیه تردد من کون القسمه فی غیر المقام کذلک، و من خبر الأنصاری (۱)

المستبعد فیه تساوی القیمه، بل عن بعض العامه الجزم باعتبار العدد فی التعدیل و إن وافقنا علی أنه لا یعتق إلا الثلث قیمه، و لا ریب فی أن الأقوی الأول، ضروره کون المقام کغیره، و خبر الأنصاری علی ضعفه محمول علی إمکان التعدیل فیه عددا و إن اختلفت القیمه، و کذا نصوص الستین (۲).

و لو أمکن التعدیل عددا خاصه، کسته قیمه اثنین منها مأه، و اثنین مأه و خمسون، و اثنین ثلاث مأه قسموا ثلاثه بالعدد، فإن اخرج علی الحریه فخرج اثنان یساویان الثلث قیمه فلا کلام، و إن خرجا ناقصین عتقا و أکمل الثلث من الباقین بالقرعه، و إن خرجا زائدین أعیدت القرعه بینهما، و عتق من یخرج علی الحریه، و من الآخر تتمه الثلث، و قیل: الأولی استعمال القرعه و إخراج واحد واحد حتی یستوفی الثلث.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۸۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۵- من کتاب العتق الحدیث ۲ و الباب- ۱۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۰ من أبواب القضاء و الباب- ۷۵- من کتاب الوصایا الحدیث ۲.

و كـذا إن تعـذر التعـديل عـددا و قيمه كخمسه قيمه واحـد مأه و اثنين مائه و اثنين ثلاث مائه أخرجنا على الحريه حتى يسـتوفى الثلث قيمه.

و لو قصـرت قيمه المخرج أكملنـا الثلث و لو بجزء من آخر مراعـاه للقواعـد فيه بعـد خروجه من مفروض النصوص، و يستسـعى حينئذ ناقص الحريه فيما بقى منها، كما صـرح به غير واحد، و إن كان قد يشكل بخروج المسأله عن دليل السرايه و الاستسعاء، و إلا لم يكن للقرعه وجه، اللهم إلا أن يقال بالاقتصار فى ذلك على خصوص الموصى به كالثلث مثلا لا الجزء منه، فتأمل جيدا.

و ربما احتمل تجزئهم أثلاثا أيضا، فيجعل واحـد ثلثا و الأربعه الباقيه كل اثنين ثلث، ثم يقرع و يتحرر بها ما قابل الثلث و لو جزء من واحد، ليكون قريبا إلى المروى عن النبى صلى الله عليه و آله فى قضيه الأنصارى (۱)

التى موضوعها غير المفروض. و من هنا كان الأصح الأول حتى لو كانت قيمه الخمسه متساويه، فيكتب خمس رقاع بأسـمائهم و يخرج على الحريه أو الرقيه إلى أن يستوفى الثلث.

هـذا و قـد أطنب الكركى فى حاشيه الكتـاب فى ذكر الصـور الممكنه، و أنهاهـا إلى سـته و كيفيه اسـتخراجها أجمع من عبـاره المصنف، و لكن لا طائل تحته بعد الإحاطه بحكم الجميع مما ذكرناه.

ثم إن ظـاهر النص و الفتوى لزوم اسـتخراج الحر من العبيـد فى مفروض المسأله، و لا يجوز البقاء على الإشاعه، بل صـرح به فى الـدروس، بل قال فيها: «لو نص عليه أى الشـيوع فوجهان: من بناء العتق على السـرايه، و وجوب العمل بقصـده» قلت: لعل الأقوى عدم لزوم اعتبار قصده فى المقام مع فرض تضرر الوارث بذلك، فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر عدم اختصاص السته فى التجزئه المذكوره، بل لو كانت العبيد

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۸۵.

تسعه مثلا جزئت ثلاثا أيضا على أن يكون كل ثلاثه منهم ثلثا، بل لا يبعد التعديه إلى أربعه أجزاء فى الثمانيه لو أوصى بربعها مثلا، و خمسه أجزاء فى العشره لو أوصى بخمسها، لكن فى الدروس «و فى تعدى التجزئه إلى أربعه أجزاء فى الثمانيه أو خمسه أجزاء فى العشره و هكذا و عدمها فيقرع على الأفراد نظر، من قربه إلى ما فعله النبى صلى الله عليه و آله (۱)

و من عدم الاكتفاء به، إذ لا بد من إعاده القرعه، و كان مراده الوصيه بعتق ثلثهم مثلا و كانوا ثمانيه، فيجزؤون أولا أربعه أجزاء، و يستخرج منها جزء حر ثم يقرع جديدا لإكمال الثلث من باقى الأجزاء» إلا أنه كما ترى بعيد.

و لعل المتجه أيضا تجزئتهم أثلاثا إذا أمكن التعديل بالقيمه، و إلا أقرع على واحد واحد، نحو ما سمعته فى الخمسه، و مجرد قابليه التجزى لا يقتضى ما ذكره كما هو واضح، و يأتى الاحتمال السابق فى تجزئتهم أثلاثا فى العدد للقرب مما فعله النبى صلى الله عليه و آله و إن لاحظ الثلث أيضا زياده و نقصا على حسب ما عرفته.

ثم إن الظاهر عدم اعتبار كون القرعه بالرقاع على الوجه المذكور فى كلامهم و إن كان هو أولى، إلا أن المحكى من فعل النبى صلى الله عليه و آله أنه أقرع تاره بالبعر و اخرى بالنوى يومئ إلى التوسع فى أمرها، خصوصا بعد ملاحظه السيره بين المتشرعه المظنون أن ما فى أيديهم مأخوذ يدا بيد إلى أهل الوحى، مؤيدا ذلك بأنه لا فرق بعد التفويض إلى الله تعالى شأنه بين الكيفيات، و الله العالم.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۸۵.

[المسأله الثامنه من اشترى أمه نسيئه و لم ينقد ثمنها فأعتقها و تزوجها فمات و لم يخلف سواها بطل عتقه و نكاحه]

المسأله الثامنه من اشترى أمه نسيئه و لم ينقد ثمنها فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها ف مات و لم يخلف سواها بطل عتقه و نكاحه، و ردت على البائع رقا، و لو حملت كان ولدها رقا، و هى روايه هشام بن سالم (۱)

بل و أبى بصير (۲) فى الصحيح، و فى الدروس عمل بها كثير.

و قيل و القائل ابن إدريس و غيره من المتأخرين لا- يبطل العتق و لا يرق الولد و لا ريب فى أنه هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، فهو أرجح، و لذا حمل الصحيح المزبور على وجوه لا بأس بها و إن بعدت، و قد تقدم تفصيل الكلام فى كتاب النكاح و على تقدير العمل بالخبر المزبور ينبغى الجمود على ما أفاده، لكن فى الدروس تعدى و فرع عليه فروعا متعدده، و لعله لما فيه من التعليل الذى لم يظهر وجهه لنا، فلاحظ و تأمل. و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه]

المسأله التاسعه إذا أوصى بعتق عبد فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه لأنه القائم مقام الميت مع عدم الوصى فإن امتنع أعتقه الحاكم الذى هو ولى كل ممتنع، بل قد يقال: إن له ولايه العتق من أول الأمر دون الوارث، كما فى غيره من الوصايا التى لم ينص الموصى على وصى خاص فى تنفيذها، و ليس حال الوارث إلا كحال

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۵- من كتاب العتق الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۱- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۱ من كتاب النكاح.

غيره من الأجانب، بل لعله الأقوى.

و على كل حال ف يحكم بحريته حين الإعتاق الذى هو سبب الحريه و إن طالت مده ما بينه و بين الموت لا حين الوفاه الذى به استقرت الوصيه لا الحريه.

و أما ما اكتسبه قبل الإعتاق و بعد الوفاه فعن الشيخ فى المبسوط و النهايه يكون له، لاستقرار سبب العتق الذى هو الوصيه به بالوفاه لأن السبب المقتضى لانتقال مال الموصى عن ملك الوارث مستند إلى الوصيه و الموت، فكل منهما جزء سبب، و بالموت يتم السبب، فيكون العبد الموصى بعتقه بعد الموت بمنزله الحر و إن توقفت حريته على الإعتاق. فيتبعه الكسب، لكن لا يملكه إلا بعد العتق، لأنه قبله رقيق لا يملك و إن كان هو الأحق به.

و قد يشكل بمنع استقرار السبب بالموت، بل هو مركب من ثلاثه أشياء:

الوصيه و الموت و إيقاع صيغه العتق، كما يتوقف ملك الوصيه- لو كانت بمعنى التمليك- على قبوله مضافا إلى الوصيه، و موت الموصى قبل القبول لا يملك و إن حصل الأمران الآخران، و لو كان سبب العتق قد تم و استقر لزم أن يثبت معلوله و هو العتق و لم يقل به، بل قال بتوقفه على الإعتاق، و متى لم يكن تاما لم يثبت معلوله، و الملك متوقف عليه، و لما امتنع خلو الملك من مالك و لم يكن العبد مالكا لنفسه قبل العتق فهو للوارث.

و من هنا قال المصنف و تبعه بعض من تأخر عنه لو قيل يكون للوارث لتحقق الرق عند الاكتساب كان حسنا لكن أشكله فى المسالك تبعا للدروس زياده على ما فيه- من أن المراد بالسبب فى كلام المستدل غير ما ذكره- بأن الله تعالى جعل الإرث بعد الوصيه النافذه، و الفرض هنا كذلك، و ذلك يمنع من ملك الوارث، غايته أن يكون الملك مراعى بالإعتاق، فكيف لا يتبعه الكسب، و يكشف عن سبق ملكه كما يكشف قبول الموصى له عن ملك الوصيه من حين الموت،

و فی حکمه ما لو أوصی بعین توقف فی بعض الجهات، أما الموصی به علی وجه لا یتوقف علی صیغه کقوله: «أخرجوا عنی العین الفلانیه فی حجه» و نحوها فنماؤها بعد الموت و قبل الإخراج فی الجهه تابع لها قطعا، لتعینها لتلک الجهه و خروجها عن ملک الوارث بالموت.

و فیه (أولا) أن الآیه (۱) لا تنافی ملکیه الوارث کما فی المقابل من الترکه للدین، کما أوضحنا ذلک فی محله، و (ثانیا) أن الشیخ ره قد اعترف بأنه لا یملک إلا بعد عتقه، و لکن یکون قبله أحق به، و الکشف هنا لا وجه له بعد أن لم یکن العتق کاشفا عن حریته حین الموت، ضروره اقتضائه تملک العبد المفروض عدمه، بل لعل المتجه کون الکسب للوارث و إن قلنا ببقاء عین العبد قبل العتق علی حکم مال المیت، لأن مقتضاه کون الکسب علی حکم ماله، و الفرض عدم وصیته به، فیکون للوارث کما قیل نحو ذلک فی نماء المال بعد الوفاه بالنسبه إلی الدین، فیحکم بکونه للوارث و إن قلنا ببقاء ما قابل الدین من الترکه علی حکم مال المیت، لأنه إنما یتعلق بما کان ترکه للمیت لا ما یتجدد و إن کان لا یخلو من بحث.

لکن علی کل حال ما نحن فیه للوارث سواء قلنا بخروج العین الموصی بها عن ملک الوارث أو ببقائها علی ملکه حتی تنفذ الوصیه، أما علی الثانی فظاهر، و أما علی الأول الذی مقتضاه بقائها علی حکم مال المیت فکذلک، ضروره کون الباقی علی حکمه نفس العین من حین العتق دون منافعه، کما هو واضح بلا تأمل، فلا وجه حینئذ لبناء المسأله علی الخروج عن ملک الوارث و عدمه، فتأمل جیدا.

هذا و ینبغی أن یعلم أنه فرق بین نماء العین کالشجره و نحوها مما یتبع أصله و بین تکسب العبد المحتاج إلی صیغ و نحوها مما یتوقف علی إذن من المالک، و مع عدمها یکون للمالک قیمه المنفعه المستوفاه من العبد، و یمکن أن یراد بالکسب

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۲.

ما يشمل ذلک، و أما حيازه المباحات و التقاط ما يحصل الملک بالتقاطه فيشکل تملک السيد له بدون إذنه له، و قد تقدم بعض الکلام فی ذلک سابقا فی بحث ملک العبد، و الله العالم.

[المسأله العاشره إذا أعتق مملوکه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر]

المسأله العاشره:

إذا أعتق مملوکه عن غيره بإذنه وقع العتق عن الأمر عند المشهور خلافا لابن إدريس. و إنما الکلام فی أنه ينتقل إلی الأمر عند الأمر بالعتق أو بأول جزء من الصيغه و لو علی جهه الکشف ليتحقق العتق بالملک الذی قد عرفت أنه شرط الصحه، ل

قوله صلی الله عليه و آله (۱): «لا عتق إلا فی ملک»

أو بتمامها يحصل الأمران و إن اختلفت کيفيه تسبيبها لهما، وجوه بل أقوال قد تقدم الکلام فيها مفصلا فی الکفارات.

و منه يعلم أن المراد من قول المصنف و فی الانتقال تردد فی وقته لا أصله لما قيل من أنه لا خلاف فيه، مضافا إلی دعوی دلاله صحيح عمر بن يزيد (۲)

المتقدم عليه أيضا و إن کان فيه ما فيه، بل قد يمنع أصل القطع بالانتقال، و يقتصر علی وقوع العتق عن الأمر دون انتقاله إليه، علی أن يکون المراد من

«لا عتق إلا فی ملک»

أنه لا يعتق غير المملوک کما سمعته عن بعض العامه، لا أن المملوک لا يصح عتق مالکه عن غيره إلا بعد انتقاله إلی الغير، بل قد يدعی أن الصحيح

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب العتق الحديث ۲ و فيه «لا عتق الا بعد ملک».

۲- ۲ لم يتقدم لعمر بن يزيد روايه تدل علی ذلک، و الذی يمکن الاستدلال به هو صحيح بريد العجلی المروی فی الوسائل الباب- ۴۰- من کتاب العتق الحديث ۲ المتقدم فی کتاب الکفارات ج ۳۳ ص ۲۲۲.

المزبور على خلاف ذلك أدل، و حينئذ يكون التردد فى أصل الانتقال فى عباره المتن فى محله، و قد تقدم تمام الكلام فى الكفارات (۱) فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشره العتق فى مرض الموت يمضى من الثلث]

اشاره

المسأله الحاديه عشره:

العتق فى مرض الموت يمضى من الثلث كغيره من المنجزات. و قيل:

من الأصل، و الأول مروى عنهم عليهم السلام (۲)

بعده طرق فيها الصحيح و غيره، كما أوضحنا ذلك مفصلا فيما تقدم، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

۱- ۱ راجع ج ۳۳ ص ۲۲۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب الوصايا الحديث ۳ و ۴ و ۶ و الباب- ۳۹- و الباب- ۶۷- منه.

[تفريعان]

[الأول إذا أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت و لا مال له سواهن أخرجت واحده بالقرعه]

تفريعان:

الأول:

إذا أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت و لا مال له سواهن أخرجت واحده بالقرعه إن كانت هى مقدار الثلث، و إلا فما قابله زاد أو نقص و لو جزء منها، كما سمعته فى المسأله السابقه التى هى عين هذه المسأله.

و على كل حال فان كان بها حمل تجدد بعد الإعتاق فهو حر إجماعا ضروره تكونه من حره، فيتبعها إلا أن يكون أبوه عبدا و اشترط عليه الرقيه و قلنا بجوازه و إن كان سابقا على الإعتاق قيل و القائل الشيخ و أبو على:

هو حر أيضا لكونه تابعا لامه و فيه تردد بل منع لعدم المقتضى لها شرعا و لا عرفا، فيبقى على أصل الرقيه، بل هو أولى من البيع فى ذلك، كما هو واضح، و الله العالم.

[الثانى إذا أعتق ثلاثه فى مرض الموت و لم يملك غيرهم ثم مات أحدهم أقرع بين الميت و الحيين]

الثاني:

إذا أعتق ثلاثه عبيد مثلا فى مرض الموت و لم يملك غيرهم ثم مات أحدهم قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث أقرع بين الميت و الحيين و لا ينزل الميت منزله العدم و إن أبقينا للوارث مثل ما فات، لأن الميت إنما مات بعد العتق فهو صالح للحريه و الرقيه.

و حينئذ ف لو خرج الحريه لمن مات حكم له بالحريه و كانت

مئونه تجهیزه علی وارثه أو فی بیت المال و إن خرجت علی أحد الحیین حکم علی المیت بکونه مات رقا و مئونه تجهیزه علی سیده. لکن لا- یحتسب علی الوارث من الترکه بحیث یکون من ثلثیه، لعدم قبضه لها و المراد له المالیه، بخلاف المیت الذی احتسبناه علیه من ثلثه لو خرجت القرعه بحریته، لأن مراده الثواب و قد حصل له.

و حینئذ ف یقرع بین الحیین و یحرر منهما ما یحتمله الثلث من الترکه الباقیه کما لو لم یکن له إلا العبدان و أعتقهما، فمع فرض تساویهما فی القیمه یعتق ثلثا من خرجت القرعه بحریته.

و مع اختلافها ف لو عجز أحدهما عن الثلث لخسته و فرض خروج القرعه بحریته أکمل الثلث من الآخر و لو فضل منه لنفاسته کان فاضله رقا بلا خلاف أجده بین من تعرض لذلک من الفاضل فی قواعده و تحریره و الشهید فی دروسه و ثانی الشهیدین فی مسالکه و غیرهم، بل لعل إطلاق المصنف و غیره عدم الاحتساب یقتضی ذلک حتی مع قبض الوارث، لعدم تسلطه علی التصرف و إن ثبتت یده الحسیه، فیکون کما لو مات قبل قبضه، لکن فی المسالک و محکی المبسوط الأصح احتسابه، لدخوله فی أیدیهم و فی ضمانهم و حینئذ فإذا خرجت القرعه لأحد الحیین عتق کله.

قلت: قد یقال بعدم احتسابه مطلقا علی أحد منهم، ضروره اقتضاء عتقهم أجمع عتق الثلث من کل واحد، فمع فرض موته یموت من الجمیع، کما هو مقتضی قاعده الإشاعه، و لیس الحر واحدا منهم غیر معین و إنما هو ثلثه المشاع فی الثلاثه، و إن کان بالقرعه یتعین فی واحد کما یتعین غیره من المشاع بها، و کون مقصود المیت الثواب لا یقتضی الخروج عن قاعده الإشاعه، خصوصا لو مات أحدهم قبل موت السید، فإنه بذلک یخرج عن کونه ترکه یلحظ ثلثه فیها و یتعین الثلث فی الباقیین منه.

و من الغریب اتفاقهم هنا علی القرعه بین المیت و الحیین مع ذکرهم وجوها

ثلاـثه فیمن أعتق عبـده منجزا و مـات قبـل موت السـید و لا مال له غیره: أحـدها حریته أجمع، لأنه لا فائـده للوارث فی رقیته، و ثانیها رقیته أجمع، لعدم مقابله للوارث لو حکمنا بحریته، و ثالثها حریه ثلثه خاصه، مع أن الأول و الأخیر جاریان فی المقام.

اللهم إلا أن یقال إن مبنی المسأله علی أن المعتق أحد الثلاثه إذا فرض أنه الثلث، لخبر الأنصاری (۱)

المشـتمل علی التجزءه أثلاثـا، لاـ أن المعتق الثلث من کل عبـد و أن الموت قبل السـید لا یبطل حکم تنجیزه بالنسـبه إلی المیت دون الوارث، فلا بـد حینئـذ من القرعه، إذ لعله یکون هو الحر، فیحتسب علی المیت الـذی نجزه، و یحسب تنجیزه علیه من ثلثه، بـل إذا انکشف بـالقرعه حریته تـبین أنه قـد عین المیت الثلث به، فـإذا مـات احتسب علیه، کمـا لو عین ثلثه فی عین فتلفت بـآفه سماویه قبل الموت، فإنه لا یکون له ثلث غیرها فکذا هنا، فان تنجیزه له بمنزله تعیینه ثلثا، فتأمل جیدا فان المقام محتاج إلی تأمل تام.

و لو کانت الصوره بحالها و مات اثنان فان المتجه بناء علی ما عرفت أنه یقرع بینهم أیضا، فإن خرج سهم العتق علی أحد المیتین عتق نصـفه خاصه و حصل للورثه مثلاه و هو العبد الحی، لعدم احتساب العبد المیت الآخر عنهم و إن خرج سهم الرق علیه أقرع بین المیت الآخر و بین الحی، فإن خرج سـهم الحریه علی المیت الآخر أعتقنا نصفه أیضا، و إن خرج سهم الرق علیه لم یحتسب علی الورثه و أعتقنا ثلث العبد الحی.

و لو کـان موت المیت منهم بالقتـل الموجب للقیمه دخـل القتیـل فی القرعه مطلقـا، لأـن قیمته تقوم مقامه علی تقـدیر رقیته، فلا یفوت الوارث المـال. ثم إن خرج سـهم العتق لأحـد الحیین عتق کله و للورثه الآـخر و قیمه القتیل، و إن خرج القتیل بان أنه قتل حرا، و علی قاتله الدیه لورثته.

و لا یخفی علیک أن ذلک و غیره مبنی علی أن القرعه هنا بحکم القرعه التی

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۸۵.

هی لتعیین المشتبه، لا قرعه تمییز المشاع التی تقتضی التعیین حالها دون کشف للسابق، بل قد یتوقف فی اقتضاء الأولی الکشف أیضا فضلا عن الثانیه، خصوصا بالنسبه إلی التزام الغیر بالدیه أو القصاص.

و لعل هذه أو بعض ما سمعته سابقا الدقیقه التی أشار إلیها فی الدروس، فإنه بعد أن ذکر الإقراع بین المیت و الحی و ذکر أن مئونه تجهیزه علی ورثه العبد أو بیت المال لو خرجت القرعه بحریته قال: «و فیه دقیقه» فتأمل جیدا، هذا کله فی العتق بالمباشره.

[الفصل الثانی فی العتق بالسرایه]

اشاره

و أما العتق ب السرایه فالمشهور أن من أعتق شقصا أی جزءا و لو یسیرا من عبده المملوک بأجمعه أو أمته سری العتق فیه کله و إن لم یملک سواه إذا کان المعتق صحیحا جائز التصرف و المعتق بالفتح لا مانع من نفوذ العتق فیه، بل لعل ظاهر المتن و غیره عدم الخلاف فیه، بل فی الروضه ربما کان إجماعا، ل

خبر غیاث بن إبراهیم (۱) المنجبر بما سمعت عن جعفر عن أبیه علیهما السلام «إن رجلا أعتق بعض غلامه فقال علی علیه السلام: هو حر لیس لله شریک»

و خبر طلحه بن زید (۲) عن جعفر عن أبیه علیه السلام «أن رجلا أعتق بعض غلامه فقال: هو حر کله لیس لله شریک»

مضافا إلی أولویتها من السرایه فی ملک الغیر التی ستسمع اتفاق النصوص (۳)

و الفتاوی علیها فی الجمله.

فما عن ابن طاوس- من المیل إلی عدم السرایه للأصل المقطوع بما سمعت و ظاهر جمله من النصوص (۴)

المطرحه أو المؤوله و إن صح سند بعضها- فی غایه الضعف، و ربما مال إلیه بعض من تأخر عنه ممن لم یکن علی الطریقه المستقیمه فی استنباط الأحکام، و فی وافی الکاشانی حمل الخبرین المزبورین علی صیروره العبد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۳ و ۴ و ۸.

بجمیعه حرا إذا سعی فی البقیه، قـال: «و لعـل له علی مولاـه ذلـک شـاء مولاه أو أبی، و لـذلک أطلق الحکم بالحریه» و هو غیر المحکی عن ابن طاوس و إن کان مثله فی الشذوذ.

و لعل الذی ألجأهم إلی ذلک النصوص التی منها

خبر حمزه بن حمران (۱) عن أحـدهما علیهمـا السـلام «سـألته عن رجل أعتق نصف جاریته ثم قـذفها بالزنا فقال: أری أن علیه خمسین جلـده، و یسـتغفر الله تعالی- إلی أن قال-: قلت: فتغطی رأسـها منه حین أعتق نصـفها، قال: نعم، و تصـلی و هی مخمره الرأس، و لا تتزوج حتی تؤدی ما علیها أو یعتق النصف الآخر»

الذی حمله الشیخ علی ما إذا لم یملک إلا نصفها، ل

خبر الحارثی (۲) عن أبی عبد الله علیه السـلام «فی رجل توفی و ترک جاریه له أعتق ثلثها فتزوجها الوصـی قبل أن یقسم شی ء من المیراث أنها تقوم و تستسعی هی و زوجها فی بقیه ثمنها بعد ما تقوم، فما أصاب المرأه من عتق أو رق جری علی ولدها»

الذی حمله الشیخ أیضا علی ما إذا لم یملک غیرها، و

خبر أبی بصیر (۳) سأل الباقر علیه السلام «عن رجل أعتق نصف جاریته ثم إنه کاتبها علی النصف الآخر بعد ذلک، قال:

یشترط علیها أنها إن عجزت عن نجومها ترد فی الرق فی نصف رقبتها»

و صحیح الحلبی (۴)

«سألت أبـا عبـد الله علیه السـلام عن امرأه أعتقت عنـد الموت ثلث خادمهـا هل علی أهلها أن یکاتبوها؟ قال: لیس ذلک لها، و لکن لها ثلثها، فلتخدم بحساب ما أعتق منها»

و صحیح ابن سنان (۵)

«سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن امرأه أعتقت ثلث خادمها بعـد موتها، أعلی أهلها أن یکاتبوها شاؤوا أو أبوا؟ قال: لا، و لکن لها من نفسها ثلثها، و للوارث ثلثاها یستخدمونها بحساب الذی لهم فیها، و یکون لها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱ من کتاب التدبیر و المکاتبه.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۶.

٥- ۵ الوسائل- الباب- ۶۴- من كتاب العتق الحديث ۷.

من نفسها بحساب ما أعتق منها»

و نحوه صحيح ابن مسكان (۱)

التى هى من غير الفرض خصوصا بعد إمكان حملها على عدم ملك غيرها و إن كان فيها ترك الاستفصال.

و على كل حال فلا ريب فى أن الأصح ما عليه المشهور، لشذوذ النصوص المزبوره التى ينبغى طرحها إن لم تقبل التأويل، لرجحان الأدله عليها بما عرفت، و الله العالم.

ف ان كان له فيه شريك مسلم أو كافر، إذ لا فرق فى السرايه بين أن يكون الشريكان مسلمين أو كافرين، أو كان المعتق كافرا إن سوغنا عتق الكافر، أو بالتفريق، لعموم الأدله، و حينئذ فمتى أعتق قوم عليه إن كان موسرا بلا خلاف أجده فيه مع قصده الإضرار، إلا ما حكاه فى المختلف عن الحلبى من إطلاق وجوب السعى على العبد فى الفك، بل و مع عدم قصده عند الأكثر، خلافا للشيخ و القاضى فأوجبا على العبد السعى و للإسكافى فخير الشريك بينه و بين إلزام المعتق قيمه نصيبه، و لا شاهد له.

و سعى العبد فى فك ما بقى منه إن كان المعتق معسرا و لم يقصد المضاره بلا خلاف، بل و مع قصدها وفاقا للأكثر، بل المشهور، بل فى الانتصار الإجماع عليه، و على الأول أيضا، و بذلك يجتمع أكثر نصوص المقام التى هى

الصحيحان (۲) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إن ذلك فساد على أصحابه لا يقدرون على بيعه و لا مؤاجرته، قال: يقوم قيمه فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، و إنما جعل ذلك عليه عقوبه لما أفسده»

و موثق سماعه (۳)

«سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال هذا فساد على أصحابه

۱- ۱ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ۷۴ من كتاب الوصايا الحديث ۳ و ذكره فى التهذيب ج ۹ ص ۲۴۳- الرقم ۹۴۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱ و ۹.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۵.

یقوم قیمه و یضمن الثمن الذی أعتقه، لأنه أفسده علی أصحابه»

و خبر البصری (۱)

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قوم ورثوا عبدا جمیعا، فأعتق بعضهم نصیبه منه کیف یصنع بالذی أعتق نصیبه منه؟ هل یؤخذ بما بقی؟ قال: نعم یؤخذ بما بقی منه بقیمته یوم أعتق»

المقیده ب

خبر محمد بن قیس (۲) عن أبی جعفر علیه السلام المنجبر بما سمعت «من کان شریکا فی عبد أو أمه قلیل أو کثیر فأعتق حصته و له سعه فلیشتره من صاحبه فیعتقه کله، و إن لم یکن له سعه من مال نظر قیمته یوم أعتق منه ما أعتق ثم یسعی العبد بحساب ما بقی حتی یعتق»

و صحیح الحلبی (۳) عن أبی عبد الله علیه السلام «فی جاریه کانت بین اثنین فأعتق أحدهما نصیبه، قال: إن کان موسرا کلف أن یضمن، و إن کان معسرا خدمت بالحصص»

محتسبه بذلک من السعی، أو نقید ذلک بما إذا عجزت عن السعی.

و علی کل حال بهما یقید إطلاق

خبری الحسن بن زیاد و یعقوب بن شعیب (۴)

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: رجل أعتق شرکا له فی غلام مملوک علیه شی ء، قال:

لا»

و إطلاق

خبر علی (۵)

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن مملوک بین أناس فأعتق بعضهم نصیبه، قال: یقوم قیمه ثم یستسعی فیما بقی، لیس للباقی أن یستخدمه و لا یأخذ منه الضریبه».

و نحوه فی إطلاق الأمر بالسعی حسن محمد بن قیس (۶) عن أبی جعفر علیه السلام بل و إطلاق

مرسل حریز (۷) عن أبی عبد الله علیه السلام سأل «عن رجل أعتق غلاما بینه و بین صاحبه، قال: قد أفسد علی صاحبه، فان کان

له مال أعطى نصف المال، و إن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام و يوم للمولى، و يستخدمه، و كذلك إن كانوا شركاء»

إلى غير ذلك من النصوص التى هى بعد حمل مطلقها على مقيدها داله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۷.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۸.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱۰.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۳.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱۱.

على المشهور مؤيده فى الجمله بقاعده الإتلاف، و لا ضرر و لا ضرار، المشار إليها فى النصوص المزبوره بالإفساد.

و لكن مع ذلك كله قيل و القائل الشيخ فى النهايه و القاضى ابن البراج إن قصد الإضرار فكه إن كان موسرا، و بطل عتقه إن كان معسرا و إن قصد القربه عتقت حصته و سعى العبد فى حصه الشريك، و لم يجب على المعتق فكه بل يستحب له، فان لم يفعل استسعى العبد فى الباقى و لم يكن لصاحبه الذى يملك فيه ما بقى استخدامه، و لا له عليه ضريبه، بل له أن يستسعيه فيما بقى من ثمنه، فان امتنع العبد من السعى فى فك رقبته كان له من نفسه قدر ما أعتق و لمولاه الباقى، ل

صحيح محمد بن مسلم (۱)

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما و له فيه شركاء فأعتق أحدهم لوجه الله نصيبه، فقال: إذا أعتق نصيبه مضاره و هو موسر ضمن للورثه، و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصه من أعتق، و يستعملونه على قدر مالهم منه، فان كان نصفه عمل لهم يوما و له يوم، و إن أعتق الشريك مضارا و هو معسر فلا عتق له، لأنه أراد أن يفسد على القوم حصصهم»

و صحيح الحلبى (۲) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن «رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضارا كلف أن يعتقه كله، و إلا استسعى العبد فى النصف الآخر».

إلا أن الأول قيل لا صراحه فيه فى فساد العتق فى حصته أيضا، و فيه أنه لم يفرض فيه إلا عتقها، كما أنه قيل أيضا لا صراحه فيه فى سعى العبد فى صوره عدم المضاره مع اليسار، و فيه مع أنه يمكن حمل عمل اليوم على السعايه أنه يكفى فيه إطلاق الآخر و عدم الدلاله فى الثانى منهما على اعتبار اليسار يمكن تقييده بما فى الصحيح الأول، و حينئذ يستفاد منهما معا حكم الصور الأربع، و هو الموسر المضار و الموسر غير المضار و المعسر غير المضار و المعسر المضار، ففى الأولى يضمن، و فى الأخيره يبطل، و فى الثانيه و الثالثه يستسعى.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۲.

و ظاهر المحکی عن خلافه قول آخر، و هو ضـمان الموسر مطلقا مضارا کان أولا، و بطلان عتق المعسر المضار و سعی العبد مع عدم المضاره.

کمـا أن المحکی عن ابن الجنیـد قول رابع، و هو تخییر الشـریک فی صوره عـدم المضاره و الیسار بین إلزام المعتق القیمه و بین سعی العبد، قال: و لو اختار الأول کان للمعتق أن یرجع علی العبد یستسـعیه فیما غرمه من حصه شـریکه، لأنه إنما غرم ذلک عن العبـد و قـام مقـامه، و استسـعی العبـد مع الإعسار و عـدم المضاره، و لم یتعرض لغیر ذلک، بل و المحکی عن أبی الصـلاح من إطلاق السعی قول خامس.

لکن لا یخفی علیک أن الذی تجتمع علیه جمیع النصوص (۱)

بعد حمل المطلق منها علی المقید ما سمعته من الشیخ و القاضی، بل هو أبعد عن أقوال العامه المحکیه فی المسأله إلا أن الشهره علی خلافه، بل الإجماع المحکی، و بهما یرجح الجمع الأول علیه، إلا أنه لا بد من طرح بعض النصوص حینئذ.

و من الغریب دعوی الحلی تناقض کلام الشـیخ فی اعتبار قصد القربه مع المضاره، و قد سمعت صراحه النصوص فی ذلک علی أن المضـاره المزبـوره- الـتی هی من لـوازم العتـق المزبور المشـار إلیهـا فی النصوص بالإفسـاد الـذی اسـتحق به التقویم علیه إذا لوحظت تبعا علی نحو ضم نیه التبرد- لا تقدح فی التقرب کما هو واضح.

و بذلک کله ظهر لک القوه فی القولین المزبورین، و أما باقی الأقوال فواضحه الضعف، بل بعضها لا شاهد له.

و کیف کان فظاهر النصوص أن جمیع کسبه من سعیه الذی یفک به رقبته لا خصوص جزئه الحر، بل قد سمعت التصریح فی خبر علی بن أبی حمزه (۲) بأنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث- ۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱۰.

«ليس للآخر أن يستخدمه و لا يأخذ منه الضريبه»

بل لعل

قوله عليه السلام: في الصحيحين (۱)

«أن ذلك فساد على أصحابه لا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرته»

ظاهر في انقطاع التصرف عنه، كما صرح بذلك في المسالك و محكى النهايه.

لكن في القواعد على إشكال، و لعله من استصحاب الرق إلى الأداء، و هو يستلزم تشريك المولى في الكسب و إن كان لا يخفى ما فيه بعد انقطاعه بظاهر النصوص الذى منه يعلم ضعف ما في الإيضاح من دعوى قوه الاحتمال المزبور، لأنه المأمور بفك نفسه، فيكون من كسبه، و لأنه إذا أدى عن كسبه المملوك للسيد كان العتق حينئذ بلا عوض، إذ هو كالاجتهاد في مقابله النص.

و على كل حال فان عجز العبد أو امتنع من السعى و لم يكن بيت مال يفك منه من سهم الرقاب أو غيره كان له من نفسه ما أعتق و للشريك ما بقى، و كان كسبه بينه و بين الشريك على النسبه و كذا نفقته، و فطرته عليهما و غير ذلك من أحكام المبعض، لكن ظاهر المحكى عن ابن إدريس وجوب فك سلطان الإسلام له من سهم الرقاب في صوره العجز، و لم أجده لغيره، بل إطلاق أدله المقام على خلافه.

ثم إن ظاهر المتن عدم جبر العبد على السعى، و هو خلاف ظاهر ما سمعته من النصوص (۲)

نعم في

خبر على بن أبي حمزه (۳) على ما في كشف اللثام «و متى لم يختر العبد أن يسعى فيما قد بقى من قيمته كان له من نفسه بمقدار ما أعتق، و لمولاه الذى لم يعتق بحسب ماله»

و ربما يؤيده أن ذلك حق له

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱ و ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۲ و ۳ و ۱۰.

۳- ۳ التهذيب ج ۸ ص ۲۲۱ الرقم ۷۹۲ و هذه القطعه ذكرت بعد روايه على بن أبي حمزه، و لم يعلم أنها من تتمه الروايه أو من عباره الشيخ قده.

فلا يجبر عليه، بل في الدروس و الروضه ظاهر الأصحاب عدم وجوب السعى عليه.

قلت: لكن جزم الفخر في الشرح بكونه قهريا، لأن نظر الشرع إلى تكميل الحريه، و لـذا عداه إلى ملك الغير قهرا، و للاستسعاء في صحيح الحلبي (۱)

الدال على قهره، مضافا إلى ظاهر الأمر به في النصوص (۲)

.

و فيه أن المتجه في الجمع بين هذه النصوص و نصوص المهاياه من الصحيح (۳)

و مرسل حريز (۴)

السابقين و خبر على بن أبي حمزه (۵)

الحكم بتخيير العبـد بين السعى في فـك نفسه و عـدمه، و هو الـذى سـمعت نسـبته إلى ظـاهر الأصـحاب، بـل هو الموافق لقول المصـنف و غيره «كان كسـبه بينهما» و لما تسمعه من المهاياه، و إلا كان منافيا لفرض عجزه عن الكسب، بل و لصرف كسبه في فك رقبته، خصوصا بعد ما في المسالك من أن السـعى كالكتابه في كونه فكا للرقبه من الرقيه بجمله الكسب، و استقرار الملك بعجز المملوك، و عتق ما قابل المدفوع منه كما في المطلقه، قال:

«و يفترقان في اشتراطه بسـبق عتق شـى ء منه دونها و عـدم اشتراطه بعقـد، و لا تقدير للعوض و لا للأجل، بل بقيمه المثل دونها» ضروره اقتضـاء ذلك احتساب كل ما يحصل من كسـبه في فك رقبته لا أنه يكون مملوكا للمولى، إذ ليس مرجع ذلك إلا إلى اختياره، فان شاء السعى في فكاك رقبته فعل و إن شاء لم يفعل، و حينئذ يكون كسبه بينه و بين المولى.

بل يتجه قول المصنف و غيره لو هاياه شريكه في نفسه صح بل لا أجد فيه خلافا، بل هي ما سمعته في صحيح ابن مسلم (۶)

و مرسل حريز (۷)

السابقين و إن كان الذى يقوى أنها من الصلح لا أنها معاوضه برأسها مع احتماله،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱۱.

٥- ٥ راجع التعليقه ٣ من ص ١٥٨.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١٢.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١١.

مؤیدا بعدم ضرب الأجل و نحوه فیها و عدم لزومها و غیر ذلک مما لا یغتفر فی الصلح.

و هل هی واجبه مع طلبها أو مطلقا هنا و إن کانت غیر واجبه عندنا فی المال المشترک الذی لا یمکن قسمته؟ وجهان ینشئان من توقف جواز التصرف فیه علیها، بل لعل ذلک هو ظاهر الصحیح (۱)

و المرسل (۲)

المزبورین، و من الأصل و إشعار الإفساد و عدم استطاعه التصرف فیه فی النصوص المزبوره.

لکن فی الروضه «لو امتنعا أو أحدهما من المهایاه لم یجبر الممتنع، و کان علی المولی نصف اجره عمله الذی یأمره به، و علی المبعض نصف اجره ما یغصبه من المده و یفوته اختیارا» و فیه ما لا یخفی بعد الإحاطه بما ذکرنا خصوصا بعد قوله: «یغصبه» و لعله لذا اقتصر فی الدروس فی نفی الجبر علی صوره امتناعهما.

و کیف کان فإذا وقعت تناولت أی المهایاه المزبوره مع الإطلاق فضلا عن التصریح الکسب المعتاد و النادر کالصید و الالتقاط و نحوهما بلا خلاف أجده فیه بیننا، لا طلاق الأدله التی منها خبر علی بن أبی حمزه (۳)

السابق، و حینئذ فکل ما اکتسبه فی نوبته اختص به نادرا أو غیره، و ما اکتسبه فی نوبه المولی اختص به کذلک، خلافا لبعض العامه، فجعل النادر مشترکا بینهما، لأنه مجهول، و فیه منع قدح مثل هذه الجهاله فیها بعد إطلاق أدله مشروعیتها، کما هو واضح.

و لو کان المملوک بین ثلاثه مثلا فأعتق اثنان نصیبهما دفعه قومت حصه الثالث علیهما بالسویه تساوت حصصهما فیه أو اختلفت بلا خلاف أجده فیه بیننا، بل و لا إشکال، ضروره تساویهما فی سبب الإتلاف المعبر عنه فی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱۱.

۳- ۳ راجع التعلیقه ۳ من ص ۱۵۸.

النصوص بالإفساد (۱)

و إن اختلفت خلافا لبعض فجعلها على التفاوت بنسبه الحصتين، و هو واضح الضعف.

و لو كان أحدهما معسرا ففى القواعد «قوم تمام الباقى على الموسر، و لو كان معسرا بالبعض قوم عليه بقدر ما يملك، و على الآخر بالباقى» بل فى كشف اللثام «و الكل ظاهر».

لكن لا يخفى عليك أنه بعد استوائهما فى التسبيب المقتضى لكون الغرامه بينهما بالسويه ينبغى إجراء حكم كل منهما من اليسار و الإعسار عليه، فتأمل.

و إن ترتب و لم يؤد الأول شيئا فان لم يشترط الأداء فى السرايه كان الثانى لاغيا و إلا صح عتقه، و لكن قيمه حصه الثالث منهم على الأول خاصه، لأنه استحقها عليه بإعتاقه، فلا يتغير بإعتاق الثانى، و إنما يؤثر فيما استحق هو عليه، و ربما احتمل كون التقويم عليهما كما لو أعتقا دفعه إلا أن ضعفه واضح.

و على كل حال فالولاء لهما مع صحه عتقهما على قدر العتق.

و لو وكل شريكه فى عتق نصيبه فبادر إلى عتق ملكه قوم عليه نصيب الموكل على التعجيل، و إلا فللوكيل إعتاقه و لا تقويم، و إن بادر بعتق ما وكل فيه قوم على الموكل، لأنه سبب و ربما احتمل عدم التقويم، لأن المباشر أقوى، و ضعفه واضح، و لو أعتقهما دفعه فلا تقويم، و إن أعتق نصفا شائعا منهما أمكن أن يقوم على كل واحد منهما ربع العبد، و إن أعتق نصفا و لم ينو شيئا فالأقرب صرفه إليهما، كما فى الدروس، و يحتمل إلى نصيبه لأن تصرفه فيما له هو الغالب، و يحتمل إلى نصيب الشريك، لأنه المأذون فيه، و البطلان لعدم التعيين، و الله العالم.

و تعتبر القيمه وقت العتق حتى على القول بالانعتاق بالأداء فضلا عن القول بانعتاقه بالعتق أو بالمراعاه لأنه وقت الإتلاف أو الحيلوله بين المالك

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱ و ۵ و ۹ و ۱۲.

و ملکه بمنعه من التصرف فیه، مضافا إلی انسیاقه من النصوص (۱)

بل فی صحیح عبد الرحمن (۲) عن الصادق علیه السلام التصریح بذلک، بل و فی خبر محمد بن قیس (۳) عن الباقر علیه السلام أو صحیحه فی صوره سعی العبد، و لا فرق فی القیمه بین التزام المولی بها أو العبد، و کذا صحیحه الآخر (۴)

علی أنه لما أعتق نصیبه کلف بالأداء قیمه الباقی فیستصحب.

خلافا للشهیدین فی الدروس و المسالک فعند الأداء، بناء علی الانعتاق به، لأنه وقت التلف، و لغیرهما فأقصی القیم من حین العتق إلی حین الأداء، و فیه- مع أنه کالاجتهاد فی مقابله النص- أن التلف شرعی و المضمن سببه، و هو العتق، و الله العالم.

و کیف کان ف تنعتق حصه الشریک بأداء القیمه لا- بالإعتاق وفاقا للمشهور بل عن المرتضی الإجماع علیه، للأصل و لأنه المستفاد من التأمل فی أکثر النصوص: کصحیحی (۵) الحلبی و غیره بل و

خبر محمد بن قیس (۶) أو صحیحه المتضمن لقوله علیه السلام: «فلیشتره من صاحبه فلیعتقه کله»

بعد الإجماع فی المسالک علی عدم الشراء حقیقه، فیحمل علی الأداء و إن قال فی الریاض فی دعوی الإجماع علیه- مع تعبیر کثیر من الأصحاب بعین ما فی الروایه من دون قرینه صارفه- مناقشه إلا أنه کما تری، ضروره إمکان القطع بکون مرادهم الأداء المزبور لا الشراء حقیقه الذی قد یمتنع عنه الشریک و یحتاج إلی الجبر أو قیام الحاکم.

کما أن ما فیه أیضا- من اعتبار الإعتاق ثانیا بعد الشراء، بل قیل: و نحو هذا عبائر کثیر من القدماء کالنهایه و القاضی و الصدوق- محمول علی ما هو الظاهر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث- ۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث- ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱ و ۹.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۳.

من متأخری الأصحاب من عدم الخلاف فی حصول الانعتاق بمجرد أداء القیمه، بل قیل هو الظاهر من عبائر کثیر من القدماء کالمفید و الحلی و المرتضی، بل ظاهره الإجماع علیه، فینبغی صرفه فی الروایه و کلام الجماعه إلی الانعتاق، خصوصا بعد ملاحظه التصریح فیها بذلک حال السعی الذی هو کأداء القیمه، و لأنه لو أعتق بالإعتاق لزم الإضرار بالشریک بتقدیر هرب المعتق أو تلف ماله.

خلافا لابن إدریس فینعتق بصیغه العتق التی وقعت علی نصیبه، لأن ذلک هو مقتضی السرایه و مدلول الأخبار الداله علیها، ل

قول النبی صلی الله علیه و آله (۱)

«إذا کان العبد بین اثنین فأعتق أحدهما نصیبه و کان له مال فقد عتق کله»

و یروی (۲)

«فهو حر کله»

و یروی (۳)

«فهو عتیق»

و قول علی علیه السلام (۴)

«هو حر لیس لله شریک»

و نصوص الإفساد (۵)

الذی معناه حصول الانعتاق بعتقه، و فیه عدم اللفظ المزبور فی المعتبر من نصوصنا، کما أن ما ذکره من الأخبار النبویه من طرق العامه و لیست من طرقنا، و قول علی علیه السلام إنما هو فیمن أعتق بعض غلامه، و محتمل لإراده بیان الواقع فیه نفسه لا التعلیل، و لإراده عدم الشریک للتحریر بأداء القیمه أو السعی لیشمل حالی الیسار و الإعسار، و نصوص الإفساد یراد منها الفساد بالتبعیض المقتضی للمنع عن بیعه و مؤاجرته، فهی حینئذ علی ما قلناه أدل.

و للشیخ فی المحکی عن مبسوطه من أن الأداء کاشف عن العتق بالصیغه و هو الذی حکاه عنه المصنف بقوله و قال الشیخ: هو مراعی و مال إلیه فی المسالک و غیرها بدعوی أن فیه جمعا بین الأخبار، و فیه أنه لیس فی نصوصنا ما یقتضی انعتاقه بالعتق حتی یکون ذلک جمعا بینها، بل هی ظاهره فی الأول، بل صریحه فیه فی صوره السعی و فی أن الصیغه سبب للالتزام بالقیمه للموسر، و الکشف إنما یلتزم

١- ١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧۶.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶۴- من كتاب العتق الحديث ١.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ۵ و ٩.

به لو ثبت فی الأدله ما یقتضی سببیه الصیغه للتحریر، فیجمع بین ذلک و بین ما دل علی اعتبار الأداء بالکشف. فمن الغریب توقف مثل العلامه فی أکثر کتبه، و ولده و الشهید فی النکت فی المسأله.

و أغرب منه ما فی المسالک حیث قال بعد أن ذکر الأقوال و الأدله: «و الحق أن الأخبار من الجانبین لیست من الصحیح، و الأخبار الداله علی اعتبار وقت العتق أکثر» إذ قد عرفت أنا لم نقف علی خبر منها فی طرقنا، و أن الدال علی الأول الصحیح و غیره.

و کذلک ما فرعه علی هذه الأقوال من مسأله عتق الاثنین من الشرکاء الثلاثه مترتبین التی قد عرفت الحال فیها، قال: «فان قلنا ینعتق بالإعتاق قوم علی المعتق أولا، و إن قلنا بالأداء و لم یکن الأول أدی قوم علیهما، و إن قلنا بالمراعاه احتمل تقویمه علیهما أیضا، لأن عتق الثانی صادف ملکا فوقع صحیحا، فاستویا فی الحصه الأخری و تقویم الأول، لأنه بالأداء تبین انعتاق نصیب الشریک قبل أن یعتق، فوقع عتقه لغوا و فی الأول قوه» إذ لا یخفی علیک ما فی جزمه بالتقویم علیهما علی القول الثانی و ذکره الوجهین علی الثالث، و کذا ما فرعه أیضا من وقت القیمه الذی عرفت أنه وقت العتق علی کل تقدیر، للنصوص و غیرها.

نعم یتفرع علی الأقوال المزبوره ما لو أعسر المعتق بعد الإعتاق، فإنه تحصل الحریه و تبقی القیمه فی ذمته علی القول بحصولها بنفس العتق بخلاف القولین الآخرین.

أما موته ففی المسالک «لا یؤثر علی الأقوال، أما علی التعجیل فظاهر، و أما علی التوقف فلأن القیمه تؤخذ من ترکته کالدین، و الإعتاق صار مستحقا علیه فی حال الحیاه، و قد یوجب سبب الضمان فی الحیاه و یتأخر الوجوب عنها، کمن حفر بئرا فی محل عدوانا فتردی فیها بهیمه أو إنسان بعد موته» و فیه إمکان منع الاستحقاق علیه بعد الموت مع فرض کونه لیس من الدیون، للأصل و غیره،

و القياس على حفر البئر يدفعه صدق الإتلاف معه، بخلافه مع فرض كون الالتزام حال الحياه فتأمل.

و لو مات العبد قبل أداء القيمه فعلى القول بالتحرير بالعتق مات حرا موروثا منه، و يؤخذ قيمه نصيب الشريك، و على المراعاه ففى المسالك «وقف إلى أداء القيمه، فإذا أديت بان أن الأمر كذلك» و فيه إمكان اعتبار قابليته للتحرير عليها، فيسقط حينئذ كما يسقط على القول الثالث، ضروره عدم صلاحيه الميت للعتق، و التزام الكشف فيه هنا مناف لأصل القول، كما هو واضح.

و لو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمه لم ينفذ بناء على حصول التحرير بالعتق، و إن أخرناه إلى أداء القيمه فالوجه نفوذه للأصل و غيره، و لأن المقصود تكميل العتق، و قد حصل و أغنى عن التكليف بأداء القيمه، و ربما احتمل عدم النفوذ، لاستحقاق المعتق تملكه بالقيمه ليعتق عليه و يكون ولاؤه له، و لا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره، لكنه كما ترى. نعم لا بأس بالقول بذلك على المراعاه و إن كان ظاهر المسالك كونه كالأول فى النفوذ، لكنه لا يخلو من نظر، كما أشرنا إليه سابقا، فلاحظ و تأمل.

و لو وطأ الشريك الجاريه قبل أداء القيمه فعلى القول بالحريه يلزمه حكم وطء الحره، و على المختار يلزمه نصف المهر بنصفها الحر مع الإكراه، و على القول بالمراعاه ففى المسالك «يحتمل ذلك أيضا، لكونها حال الوطء مملوكه له، و ثبوت جميعه لها بعد الأداء، لانكشاف كونها حره حينئذ، و لا حد من جهه الحصه، لحصول الشبهه بالاختلاف فى ملكه» و فيه تأمل، بل يمكن منافاته لما سبق منه، إلى غير ذلك من الفروع المذكوره فى الكتب المبسوطه التى لا يخفى حكمها بعد الإحاطه بما ذكرنا.

و (منها) ما ذكره المصنف بقوله و لو هرب المعتق صبر عليه حتى يعود، و لو أعسر انظر إلى الإيسار ضروره وضوح الحكمين على المختار و على المرعاه،

لأن حق العتق لا يبطل بذلك، بل يستمر إلى أن يمكن الأداء، لوجود السبب الموجب له و هو الإعتاق، و إن توقف على أمر آخر و لا يكون كالحق الفورى يبطل بالتأخير، و حينئذ فيبقى بالنسبه إلى الشريك رقيقا إلى أن يؤدى إليه القيمه، و هل يرتفع الحجر عنه بذلك؟ يحتمله حذرا من تعطيل ملكه عليه بغير بدل، و الأقوى خلافه، للأصل و نصوص الإفساد و غير ذلك، و الفائده فى نقله المنع عن الملك ببيع و نحوه لا فى استخدامه، أما على القول بالحريه فالقيمه دين عليه، فينظر عوده و يساره، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو أراد العبد فك نفسه بالبيع كان للشريك عدم قبوله بالنسبه إلى حصته، للأصل و غيره، و لو أعتقه معسرا ثم أيسر بعد السعى لم يكن للعبد رجوع عليه و إن احتمل، للأصل و غيره، نعم لو أيسر قبل السعى و لو قبل تمامه قيل: قوم عليه، و لا يخلو من نظر، ضروره ظهور الأدله فى أن العبره حال العتق، و من هنا لو تجدد إعساره انتظر و لا ينتقل إلى السعى، لكن جزم فى القواعد و غيرها بالتقويم، و لا يخلو من نظر.

و (منها) ما لو ادعى أحد الشريكين على الآخر عتق نصيبه موسرا فأنكر حلف، و كان نصيب المدعى حرا مجانا على القول بالحريه بالعتق، بخلاف القولين الآخرين، و لو نكل استحق المدعى باليمين المردوده قيمه نصيبه، و بأدائها يحكم بالعتق على المختار، و بدونه على القول الآخر، و كون اليمين المردوده بمنزله الإقرار أو البينه بعد تسليمه إنما هو فيما وقعت عليه الدعوى من استحقاق الشريك القيمه لا مطلقا.

لا يقال إقرار المدعى سبب اختيارى فى انعتاق حصته فيسرى عليه فى حق المدعى عليه، لا لما فى حاشيه الكركى من منع سببيته الخاصه التى هى مناط السريان، إذ الإقرار سبب كاشف لا محصل للعتق و موجب له، و مناط السريان الثانى خاصه، إذ هو كما ترى مناف لكون الإقرار طريقا شرعيا لثبوت العتق

المقتضی للسریان، بل لأن الإقرار هنا بالانعتاق لا بالعتق المقتضی له، کما هو واضح.

و لو اختلفا فی القیمه و لا طریق إلی معرفتها لموت العبد و نحوه فالقول قول المعتق لأصاله براءه ذمته من الزائد کما فی نظائره.

و قیل القول قول الشریک لأنه ینتزع نصیبه من یده فیکون القول قوله، و اختاره الشهید فی اللمعه، و فی الدروس مبنی القولین علی الخلاف السابق أی إن قلنا: إن السرایه تتعجل فالمصداق المعتق، لأنه غارم، و إن قلنا تتأخر فالمصداق الشریک، لأن ملکه باق، فلا ینتزع إلا بما یقوله کما فی المشتری مع الشفیع، و الوجه تقدیم قول المعتق علی کل حال، لأنه المنکر للزیاده علی التقدیرین.

نعم لو ادعی المعتق فیه عیبا یوجب نقص قیمته أصلیا أو عارضیا فالقول قول الشریک لأصاله السلامه و عدم حدوث العیب، کما هو واضح.

و لو ادعی فیه صنعه تزید بها القیمه فإن تعذر استعلامها حلف المعتق، و إن کان محسنا لها ففی الدروس علی الأداء یقوم صانعا، و علی الإعتاق یحلف المعتق علی عدم سبقها، و هو جید بناء علی اعتبار القیمه عند الأداء، و لو أدی القیمه ثم طالبه الشریک بالصنعه فادعی تأخیرها عن الأداء حلف إن أمکن التجدد، و الله العالم.

و الإیسار المعتبر هنا هو أن یکون مالکا لقدر قیمه نصیب الشریک فاضلا عن قوت یومه و لیلته له و لعیاله الواجبی النفقه، ل

قوله علیه السلام (۱)

«فان کان له مال قوم علیه الباقی»

الذی هو فی الحقیقه تفسیر للموسر فی غیره (۲)

بل ظاهر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱۱ و فیه «فان کان له مال أعطی نصف المال» و فی المستدرک الباب- ۱۶- منه الحدیث ۵ عن النبی ص: «. و له مال قوم علیه الباقی».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۷.

عباره المتن عـدم اسـتثناء المسـكن و الخادم اللـذين هما من مسـتثنيات الـدين، بل ظاهرها أيضا شـمول الدين بمثل ما يملكه أو أكثر، لإطلاق الخبر السابق (۱)

، و لأنه مالك ما في يـده، نافذ التصـرف فيه، حتى لو اشترى به عبدا فأعتقه نفذ، و لأنه لو طالبه بعض غرمائه وجب عليه إبقاؤه و إن كـان للباقين ما يسـتغرق ماله، فلو كان وجود الـدين المسـتغرق يجعله معسـرا لحرمت مطالبته على كل واحـد منهم كما تحرم مطالبه المعسر و المعتق أولى، لأنه مبنى على التغليب.

لكن قد يناقش بأنه و إن شمله الخبر المزبور (۲)

بل و إطلاق اليسار في بعض النصوص (۳)

لكن في خبر البصـرى اعتبار السعه في المال (۴) الظاهر في غير ذلك، ضـروره أن المـدين بقدر ما يملكه أو أزيد ليس من ذى السعه في المال، كما أن من ليس عنده إلا مستثنيات الدين كذلك أيضا.

و لعله لذا لهجت ألسنه الطلبه في زمن العلامه بالسهو من الناسخ في قوله في الإرشاد: «و لو كان عليه دين بقدر ماله فهو موسر» و أن الصواب «معسـر» بل عن فخر المحققين إصـلاحها بـذلك باذن العام من والـده، و كتب عليها بخطه «لا يقال هـذا مالك قادر على التقويم حقيقه و شـرعا فلم لاـ يكون موسـرا، لأنا نقول: إن هـذا له بـدل، لأن الـدين لم يتعلق بالمال، بل بالـذمه، و إذا تعلق بالذمه هو و المعتق وجب التقسيط مع القصور، و لا تقسيط منا» و إن ناقشه الشهيد بأن التقسيط إنما يكون مع مقتضيه، كالفلس و الموت، فليس عدمه هنا لعدم تعلقه بالمال، سـلمنا لكن التقسـيط جائز فيفك بحسابه، و قد صرح به المصنف، و ان نفى التقسيط لعدم الحجر لم يلزم منه عدم اليسار على الإطلاق، إذ هو مطالب بالدين و الفك في نفس الأمر.

۱- ۱ راجع التعليقه ۱ من ص ۱۶۷.

۲- ۲ راجع التعليقه ۱ من ص ۱۶۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۱۲.

۴- ۴ اعتبار السعه في المال انما ورد في صحيحه محمد بن قيس المرويه في الوسائل الباب- ۱۸- من كتاب العتق الحديث ۳.

و من هذا و غيره جزم الشهيد بأن العباره على حالها، خصوصا بعد أن استشكل فى الإعسار و عدمه فى الفرض فى التحرير و إن جزم بكونه معسرا فى القواعد.

قلت: لكن الانصاف صدق عدم السعه فى المال و أنه ذو عسره فى الفرض حتى لو كانت الديون مؤجله، و التزام التقسيط فى صوره الفلس مما لا يلتزمه فقيه بعد معلوميه كون الالتزام بالفك ليس من الديون التى تتعلق بالمال، كالتزام صدق اليسار على من قابل دينه ماله أو زاد، و وجوب الدفع عليه عند مطالبه البعض لكونه قادرا على وفائه لا يقتضى صدق اسم اليسار عليه قطعا فضلا عن صدق ذى السعه فى المال، كما هو واضح.

و على كل حال فالمريض معسر فيما زاد على الثلث بناء على عدم نفوذ تنجيزه فى غيره، و الميت معسر مطلقا، فلا يسرى عتقه الموصى به و إن وفى الثلث، خلافا لبعض كما ستسمع.

و لو ورث شقصا ممن ينعتق عليه قال الشيخ فى الخلاف: يقوم عليه مستدلا عليه بإجماع الفرقه و أخبارهم و لكن هو بعيد للأصل بعد ظهور أدله السرايه فى المباشره، و لذا كان مذهبه فى محكى المبسوط العدم، كما هو المشهور بين الأصحاب، نعم لو اشترى أو اتهب سرى، لقيامه حينئذ مقام الإعتاق باختياره الشراء مثلا- المسبب للانعتاق، مع أنه لا- يخلو من نظر لو كان المدرك ذلك، لعدم صدق الإعتاق عليه لا- أقل من الشك، و الأصل عدمها كما تقدم ذلك فى الكفارات و منه يعلم أن المدرك غير ذلك.

و لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه و ليس له غيره لم يقوم على الورثه باقيه لأنهم لم يعتقوه عن أنفسهم، و إنما أعتقوه على المورث، فلا وجه للسرايه عليهم و لا على الميت و إن كان وقت الوصيه موسرا، لانتقال التركه إلى الوارث بالموت، فصار عند الإعتاق معسرا، فلا يقوم على من لا يملك شيئا وقت نفوذ

العتق، كما لو وكل فى عتق الشقص و هو موسر فأعتقه الوكيل بعد أن أعسر.

خلافا للمحكى عن الشيخ، فيسرى إن وسعه الثلث، ل

خبر أحمد بن زياد (۱) سأل الكاظم عليه السلام «عن رجل تحضره الوفاه و له مماليك خاصه بنفسه و له مماليك فى شركه رجل آخر فيوصى فى وصيته مماليكى أحرار، ما حال مماليكه الذين فى الشركه؟ قال: يقومون عليه إن كان ماله يحتمل، ثم هم أحرار»

الضعيف سندا و لا جابر المحتمل لإراده التنجيز من قوله «أوصى» الذى أشار إليه المصنف بقوله و كذا لو أعتقه عند موته أعتق من الثلث و لم يقوم عليه، و قد تقدم تمام الكلام فى ذلك فى كتاب الوصايا.

لكن فى الدروس هنا «و لو أوصى بعتق شقص من عبده أو دبر شقصا منه ثم مات و لا يسع الثلث زياده عن الشقص فلا سرايه، و لو وسع ففى السرايه وجهان، كما لو أوصى بعتق شقص من عبد له فيه شريك و وسع الثلث نصيب الشريك، و هنا روى أحمد بن زياد (۲) عن أبى الحسن عليه السلام تقويمه، و عليه الشيخ فى النهايه، خلافا للمبسوط و ابن إدريس، لزوال ملكه بموته، و الأول أثبت، لسبق السبب» و هو كما ترى، و لو أوصى بعتق نصيبه و نصيب شريكه فعلى القول بالسرايه فالوصيه تأكيد، و يجبر الشريك على أخذ القيمه، بل يحتمل ذلك أيضا على القول الآخر، إذ عتق البعض سبب فى التقويم ما لم يمنع مانع و هنا زال المانع، أعنى حق الوارث من التركه بالإيصاء، و يحتمل المنع، كما لو أوصى بشراء عبد الغير و عتقه، لأنه لا يجبر مالكه على العتق.

و منه- مضافا إلى ما سمعته سابقا من النصوص (۳)

- يعلم أن المراد هنا نفى التقويم خاصه، أما السعى فهو على مقتضى الأدله السابقه، كما نص عليه المصنف فى كتاب الوصايا، فلا يتوهم من كلامهم هنا عدم السعى و عدم التقويم.

بل مما تقدم هناك يعلم الحال فيما لو كان قد أوصى بثلثه من دون تعيين

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۴- من كتاب الوصايا الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۴- من كتاب الوصايا الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق.

مصـرف خاص ثم أوصـى بعتق الشـقص، فيحتمل التقويم عليه باعتبار أن له مالا، و يحتمل العدم باعتبار استحقاق صرف ثلثه فی وجوه البر عنه، فهو كالوصـيه به لمصـرف خاص فی كونه مسـتحقا، فلا مال له حينئـذ، و لعله لـذا قال فی القواعـد: «إن المريض معسر فيما زاد على الثلث و الميت معسر مطلقا» فلاحظ و تأمل.

نعم لو أوصـى بعتق النصـيب و التكميـل صـح مع أنه قـال فی التحرير و هل يحتمل فی الأخير رضا الشـريك؟ إشـكال» و هو فی محله، و الله العالم.

و كيف كان ف الاعتبار بقيمه الموصـى به بعد الوفاه بلا خلاف أجده فيه، لأنها هی محل نفوذ العتق و وقت خروجه عن الوارث و انتقال التركه إليه، فيعتبر وصول مثله إليه. و من هنا صـرح الشـيخ و أبو علی و غيرهما ب أن الاعتبار بقيمه المنجز عنـد الإعتاق الـذی هـو وقت خروجه عن ملكه، فيعتـبر فی نفـوذه بقـاء مقـدار ضـعفه للـوارث، خلافـا للفاضـل فی أحـد قوليه، فجعـل المنجز كالمؤخر فی اعتبار القيمه عند الموت إن نقصت قيمه المنجز لأنه لو بقی عبدا نقص على الوارث أيضا، فلم يتضـرر بالتنجيز بشی ء، نعم لو زادت قيمته كانت بمنزله الكسب، فلا يحسب منها تركه ما قابل الجزء المعتق بخلاف ما قابل الجزء الرق.

و على كـل حال ف الاعتبار فی قيمه التركه بأقل الأمرين من حين الوفاه إلى حين القبض، لأن التالف بعـد الوفاه قبل القبض غير معتبر فی الاحتساب على الوارث.

و أمـا الزياده (۱۱) و هی مملـوكه للوارث (۱۲) باعتبـار أنهـا نمـاء ملكه، لانتقال التركه إليه، و حينئـذ فلو زادت قيمه المعتق عند الوفـاه فـإن خلف ضـعف قيمته الأـولى فصاعـدا أعتق كله، لأـن الزياده فی الحريه غير محسوبه من التركه، و إن نقص ماله أو لم يخلف سواه فعلی ما سمعته من الفاضل حسب نصيب الرقيه من التركه، فتكثر، فيقل العتق، فيكثر الرق، فتزيد التركه، فيكثر العتق، و ذلک دوری.

و حينئـذ فطريق اسـتخراج مقـدار المعتق بـأن يقـال: لو كـانت قيمته عشـره مثلا وقت العتق فصارت عنـد الوفاه إلى عشـرين و لم يخلف سواه عتق منه شـى ء، و له من زياده القيمه شـى ء، و للورثه شـيئان بإزاء المعتق، لما عرفت من استحقاق الوارث الضعف، فيكون العبد بتقدير أربعه أشـياء، فيعتق منه حينئذ نصـفه الذى هو الان يساوى عشـره، و قد كان يساوى خمسـين، و للورثه نصفه الذى يساوى عشره، و هو ضعف ما عتق منه.

و لو كانت قيمته مأه وقت العتق و ثلاثه مأه عنـد الوفاه أيضا قيل أيضا عتق منه شـى ء، و له من زياده القيمه شـيئان، لأنها ضـعف الأولى، و للورثه شـيئان ضـعف ما عتق منه، فيكون العبـد بتقـدير خمسه أشـياء، ثلاثه له، و اثنان للورثه، فيعتق منه ما يقابل مأه و ثمانين، و يبقى منه للورثه ما يقابل مأه عشرين.

و لو صارت قيمته مأتين و خلف السـيد مأه غيره قيل عتق منه شـى ء، و له من نفسه باعتبار زياده القيمه شى ء آخر، و للوارث منه و من المأتين شـيئان بإزاء ما انعتق، فالمجموع فى تقدير أربعه أشـياء، شـيئان للعبد من نفسه، و شـيئان للورثه، و الشى ء خمسه و سبعون، فيعتق منه ثلاثه أرباعه، و يسلم المأه و الربع الآخر للورثه.

و لو بلغت قيمته ثلاثمـائه و خلف مأه قيل أيضا: عتق منه شـى ء، و تبعه من نفسه باعتبار زياده القيمه شـيئان، و للورثه من نفسه و باقى التركه شـيئان بإزاء ما انعتق، فالمجموع فى تقدير خمسه أشياء ثلاثه من نفسه، و هى أربعه أخماس نفسه، و للورثه اثنان من نفسه و باقى التركه، فيعتق منه أربعه أخماس، و هى مأتان و أربعون، و يسترق الورثه منه ستين، و يدفع لهم المأه، فيكمل لهم مأه و ستون ضعف ما انعتق منه.

و لو أعتق و قيمته مأه ثم بلغت عند الموت ألفا قيل: عتق منه شـى ء، و تبعه تسـعه أشـياء، و للورثه شـيئان بإزاء ما عتق، فالعبد فى تقدير اثنى عشر شيئا، للورثه سدسه، فيعتق خمسه أسداسه، و هكذا باقى ما يفرض، هذا كله على ما سمعته من

الفاضل. أما على ما سمعته من المصنف و غيره فلا عبره بالزياده أصلا.

نعم لو نقصت قيمته عند الوفاه كما لو عادت إلى خمسه بعد أن كانت عشره قال الفاضل: لزم الدور أيضا، لأن التركه معتبره بالوفاه، فلا يحصل للوارث ضعف ما عتق، لأن المعتق منه ثلثه، و هو يساوى ثلاثه و ثلثا، فيجب أن يكون لهم ضعفها عند الوفاه، و هو متعذر، فينقص العتق عن الثلث، و كلما فرض عتق كان للوارث ضعفه، فيكثر نصيب الوارث بقله المعتق، و يكثر المعتق بكثره النصيب، فيقل النصيب و هكذا.

و التخلص منه باستخراج قدر المعتق بأن يقال: عتق منه شى ء عاد إلى نصف شى ء، فيبقى العبد فى تقدير خمسه إلا نصف شى ء تعدل ضعف ما عتق، فيكون الخمسه إلا نصف شى ء يعدل شيئين، فإذا أجبرت بنصف شى ء و قوبلت بالنصف الناقص كانت خمسه كامله تعدل شيئين و نصفا، فالشى ء اثنان، و قد عاد إلى نصف شى ء، فيكون واحدا، و ذلك خمس العبد الان، و قد كان قيمته وقت العتق اثنين، و قد بقى للورثه أربعه أخماسه، و ذلك يساوى الأربعه الآن، و هو ضعف قيمه الجزء المعتق من يوم الإعتاق، و لا دور على قول الفاضل فى الفرض، لعدم تغير الحكم عنده لو لم يكن له مال سواه، و إن كان له مال غيره اعتبر ضعف قيمته الان.

و لو كان قيمته يوم الإعتاق مأه ثم رجعت إلى خمسين عند الوفاه و قد خلف مأه أخرى غيره فعلى قول الفاضل ينعتق جميعه، لأنه الان ثلث التركه، و على قوليهما يقال: عتق منه شى ء رجع إلى نصف شى ء بقى منه خمسون إلا نصف شى ء و يكون للورثه المأه و خمسون إلا نصف شى ء: تعدل شيئين، و بعد الجبر و المقابله يكون مأه و خمسين: تعدل شيئين و نصفا، فالشى ء ستون، فينعتق منه ثلاثه أخماس، و هى الآن ثلاثون، و للورثه مأه و عشرون ضعف ما عتق منه أولا.

و لو أعتق ثلاثه أعبد لا مال له سواهم، قيمه كل واحد مأه فعادت قيمه أحدهم إلى خمسين، فان خرجت القرعه للذى انتقص قيمته عتق، و يعتق ثلث الآخر بالقرعه

عند الفاضل؛ و على قول غيره لا يعتق من الآخر شي ء، لأنه قد كان قيمته يوم الإعتاق مأه، و ينبغى أن يبقى للورثه ضعفها، و ان خرجت لأحد الآخرين فعلى قول الفاضل و غيره ينعتق منه خمسه أسداسه، و قيمتها ثلاثه و ثمانون و ثلث، و يبقى للورثه سدسه و الآخران، و جمله قيمتها مأه و سته و ستون و ثلثان، و هى ضعف ما عتق، لأن المحسوب على الورثه الباقى بعد النقصان، و هى مأتان و خمسون.

و لو أعتق عبدين لا مال له سواهما قيمه كل واحد مأه ثم عادت قيمه أحدهما إلى خمسين، فان خرجت القرعه للذى لم تنقص قيمته عتق نصفه و بقى للورثه نصفه و الآخر، و هما ضعف ما عتق عند الفاضل و غيره، و إن خرجت للذى انتقص عتق كله على قول الفاضل، و على قول غيره يقع الدور، لأنه يحتاج إلى إعتاق بعضه معتبرا بيوم الإعتاق و إلى إبقاء بعضه للورثه معتبرا بيوم الموت.

و طريقه أن يقال: عتق منه شي ء و عاد إلى نصفه، فيبقى للورثه مأه و خمسون إلا نصف شي ء بقدر ضعف ما عتق، و هو شيئان، فإذا جبرت و قابلت صار مأه و خمسون تعدل شيئين و نصفا، و الشي ء ستون، فعرف أن المعتق من العبد يوم الإعتاق ستون، و دعا هذا المبلغ إلى ثلاثين، فيبقى للورثه خمسا هذا العبد و هو عشرون، و العبد الآخر و هو مأه و ذلك ضعف ما عتق أولا إلى غير ذلك من الصور المتصوره التى تنطبق على القاعدتين المزبورتين.

و يمكن استخراج كثير من هذه الصور على حسب ما عرفت بطريق آخر، و هو أن يؤخذ ثلث القيمه الناقصه و يقسم ثلثا القيمه الزائده على مقداره، ثم تنظر نسبه الثلث إلى ذلك، فان كان ربما قيل: عتق ربعه، و إن كان خمسا قيل: عتق خمسه، و هكذا. و هو متحد فى النتيجه.

و أسهل منه طريق آخر أيضا موافق فى النتيجه أيضا، و هو أن تنظر نسبه القيمه الناقصه إلى الأولى، فيكون خمسا أو سدسا أو غير ذلك، فيلحظ مخرج الخمس أو السدس مثلا و يضاعف بمثله، ثم يزيد عليه واحدا و يحكم بأنه عتق منه ما يقتضيه نسبه ذلك الواحد إلى ما ضم إليها، فلاحظ و تدبر.

و على كل حال فالأصل فى هـذه المسأله هو ما حكاه الفاضل فى المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: «لو كان العتق فى المرض ثم تغيرت حالهم بزياده و نقصان كان التقويم يوم العتق فى الحكم، و إن كن مدبرات أو بوصيه كان يوم يموت، لأن فى ذلك وقع العتق، و لو كن حبالى قومن حبالى، و أيتهن عتقت تبعها ولدها، لأنه جزء منها وقت وقوع العتق- ثم قال هو-: و الوجه التسويه بين العتق المنجز و المؤخر كالتدبير و الوصيه فى أن الاعتبار بالقيمه وقت الوفاه إن نقصت قيمه المنجز، لأنه لو بقى عبدا لم يتحفظ على الورثه سوى قيمته الناقصه، فلم يتلف عليهم أكثر منها و أما إن زادت القيمه كانت بمنزله الكسب، للعلم بعتق شى ء من وقت الإعتاق فإن زادت قيمه المعتق لم يحسب من التركه و لا عليه، و أما الرق فيحسب زيادته منها و يدخلها الدور إن لم يخلف شيئا سواه أو خلف أقل من ضعف القيمه الاولى» ثم أخذ فى طريق استخراج الجزء المعتق بالطريق الذى سمعت أمثلته.

ثم حكى عن الشيخ فى مبسوطه فى مقام آخر أنه قال: «قيمه من أعتق فى مرضه تعتبر حين الإعتاق، لأنه وقت الإتلاف، و قيمه من أوصى بعتقه تعتبر حين الوفاه، لأنه وقت استحقاق العتق، و هذا يوافق قول ابن الجنيد الذى نقلناه أولا و بينا الوجه فى ذلك، و الأصل فى هذه المسأله أن تقول: إن العبد إذا أعتقه مولاه المريض و لا شى ء سواه ثم مات قبله هل يكون كله حرا أو كله رقا أو يعتق ثلثه؟

وجوه ثلاثه، فإن قلنا إنه يتحرر كله فالوجه ما قدمناه أولا حين نقلنا كلام ابن الجنيد فى هذه المسأله، و إن قلنا بالثانى جاء ما قاله الشيخ و ابن الجنيد و طريق استخراج معرفه القدر المعتق منه على قولهما- ثم ذكر الأمثله السابقه إلى أن قال-: و إنما طولنا فى مثل هذه المسائل فى هذا الكتاب و كثرنا الأمثله لخلو كتب علمائنا عنها، و بكثره الشواهد يحصل التمهر فيما يرد على الفقيه فى هذا الباب» و كل من تأخر عنه كالشهيد الأول و الثانى و الصيمرى اقتصر على نقل كلامه أو أكثره من غير زياده و لا نقيصه و لا تغيير و لا تبديل حتى فى المثال.

و لكن قد يناقش (أولا) بأنه لا يظهر وجه تفريع قول الشيخ على القول بموت العبد رقا الذى هو أحد الوجوه الثلاثه كما لا يظهر الوجه فى بناء كلامه بتمامه على موته حرا، نعم هو كذلك بالنسبه إلى عدم احتساب النقيصه.

و (ثانيا) بأن ما اعتبره من دعوى زياده القيمه من التركه لا يرجع إلى محصل ضروره كونها أمرا اعتباريا و العبره بذى القيمه، و الفرض وجوده و ملك الوارث ضعفى ما انعتق منه مع فرض عدم وجود غيره، فزياده القيمه حينئذ إنما هى نماء ملك الوارث، و فى مقابله الجزء الحر، و كل منهما ليس من تركه الميت، كما هو واضح. خصوصا بعد ملاحظه كون المقام مثل باقى صور الشركه بعد أن جعل الشارع ثلثا للميت و ثلثين للوارث فى نفس العين، و قد استفاضت النصوص (۱)

و الفتاوى أن من لم يكن عنده إلا عبد و قد نجز عتقه لا ينفذ إلا فى ثلث العبد مع عدم إجازه الوارث سواء زادت قيمته عن وقت التنجيز أو نقصت، بل لا يكاد يظهر خلاف منهم فى ذلك أو إشكال.

و منه يظهر الاشكال فيما ذكره فى كلام الشيخ و ابن الجنيد من دعوى كونه مع النقصان يكون على كلامهم من المسائل الدوريه المحتاجه إلى استعمال قواعد الحساب المعده لاستخراج المجهول، نعم مقصودهم بقولهم: «المعتبر القيمه فى المنجز وقت التنجيز» إنما هو لو كان عنده مال غير ما نجزه و أردنا إخراج ضعفيه للوارث حتى يكون ما نجزه ثلثا له لاحظنا القيمه وقت التنجيز، و أخرجنا من المال ما يقابلها، لأن ذلك الوقت هو وقت التلف، و النقصان الطارى لا يحسب على الوارث، أما إذا لم يكن له مال غير ما نجزه فليس للوارث إلا ثلثاه، كما ليس للميت إلا ثلثه زاد أو نقص، نعم لو فرض أن له مالا آخر لا تحصل به مقابلته أعتق من العبد زياده على ثلثه بمقدار ما يسعه ذلك المال على حسب القيمه وقت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من كتاب الوصايا الحديث ۳ و ۴ و ۶ و الباب- ۳۹ و ۶۷- منه.

التنجيز، و بقى الباقى من العبد رقا، و ما أدرى ما الذى دعاه رحمه الله إلى التزام ما ذكره فى كلام ابن الجنيد فى صوره النقيصه؟ كما أنه ما أدرى ما الذى دعاه إلى التزام ما ذكره فى صوره الزياده؟!.

و لعل المقام أشبه شى ء بما التزمه البهائى ره فى الوجه بالدائره البركاليه لما كان

فى روايه (۱)

«ما دارت عليه الإبهام و الوسطى»

و من كان له انس بعلم الهيئه انساق إلى ذهنه ذلك؛ و لم يفسر دارت بما حوت الذى هو المراد.

و من الغريب أن من تأخر عن العلامه اقتصر على نقل كلامه و لم يناقشه فى شى ء، و لعله لذا فرض المسأله فى القواعد فيما إذا كان النقصان بسبب التشقيص، أى إذا كان له عبد مثلا لا غير قيمته ثلاثون، و بإعتاقه الذى لا ينفذ إلا فى ثلثه ينقص إلى عشره مثلا، مع أنه قال فيها: على إشكال ينشأ من أنه كالإتلاف و نقص السوق و تفويت مال له، فلا يبطل تصرفه فى ثلثه، و من وجود المقتضى لبطلان العتق فيما زاد على الثلث فيه، فلو كانت قيمته ثلاثين و رجع بالتشقيص كل جزء إلى ثلث قيمته، ثم كسب ثلثين قبل الموت فعلى الثانى أى البطلان لولا الكسب يصح العتق فى شى ء، و له من كسبه ثلاثه أشياء و للورثه سته أشياء لأن المعتق منه فى تقدير ثلاثه أشياء من قيمته الأولى، لأن العبد يحسب عليه نقصان الجزء، لأنه لمنفعته، فكان كالواصل إليه، و لا يحسب على الورثه نقصان جزئهم، لعدم وصوله إليهم، فالعبد و كسبه فى تقدير عشره أشياء، فالشى ء أربعه، و يحتمل أن يقال: عتق منه شى ء و له من كسبه شى ء، و للورثه سته أشياء، فالعبد و كسبه فى تقدير ثمانيه أشياء، فالشى ء خمسه، لأنه يؤخذ من حصته من الكسب ما فوت على الورثه من نصيبهم بالتشقيص و هو شيئان، و ينبغى أن يكون للورثه من نفسه و ضمان التفويت و كسبه مثلا ما انعتق خاصه، و هو كذلك هنا لأنه قد انعتق منه خمسه- و هى فى تقدير خمسه عشر- و فوت عليهم عشره من نصيبهم من رقبته، فحصل لهم خمسه من نفسه، و خمسه عشره من كسبه، و عشره مما فوت إلى آخر ما أطنب فيه فى القواعد، فلاحظ

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب الوضوء الحديث ۱.

و تأمل و الله الهادى المؤيد و المسدد.

بقى شى ء و هو أن ظاهر المتن و غيره بل هو صريح بعض أن الاعتبار بقيمه الموصى به وقت الوفاه و إن تأخر تنفيذ الوصيه عنها، كما لو فرض أنه أوصى بالعتق و تأخر إيقاعه عنها.

و قد يقال: إن المتجه فيه اعتبار القيمه وقت التنفيذ لا ـ وقت الوفاه و إن استحق التنفيذ بها لكن المفروض عدم حصوله، فلا يحسب عليه ما قبله إذا فرض زياده قيمته بالنسبه إلى وقت التنفيذ، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو أعتق الحامل تحرر الحمل و لو استثنى رقه على روايه السكونى (۱) عن أبى جعفر

عن أبيه عليهما السلام «فى رجل أعتق أمته و هى حبلى فاستثنى ما فى بطنها قال: الأمه حره و ما فى بطنها حر، لأن ما فى بطنها منها»

المؤيد ب

صحيح الوشاء (۲) عن أبى الحسن الرضا عليه السلام «سألته عن رجل دبر جاريه و هى حبلى فقال: إن كان علم بحالها فان ما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فان ما فى بطنها رق»

و قد عمل بها الشيخ و بنو زهره و البراج و سعيد.

و لكن قال المصنف رحمه الله و فيه إشكال منشأه عدم القصد إلى عتقه و يدفعه أنه بعد العمل بالخبر المزبور يكون كالسرايه التى لا تحتاج إلى قصد، بل يتحقق مع قصد العدم و دعوى كونها فى الأشقاص لا فى الأشخاص كالاجتهاد فى مقابله النص.

نعم قد يقال: بعدم صلاحيه الروايه للعمل، لضعفها و عدم الجابر و موافقتها للعامه، و أما الصحيح فهو معارض

بالموثق (۳) عن أبى الحسن الأول عليه السلام «سألته عن امرأه دبرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه نفيسه، فلم تدرى المرأه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۹- من كتاب العتق الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۳ من كتاب التدبير و المكاتبه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۲ من كتاب التدبير و المكاتبه.

حال المولوده هی مدبره أو غیر مدبره؟ فقال لی: متی کان الحمل بالمدبره؟

أقبل أن دبرت أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدری، أجبنی فیهما جمیعا فقال:

إن کانت المرأه دبرت و بها حمل و لم تـذکر ما فی بطنها فالجاریه مـدبره و الولـد رق، و إن کان إنما حدث الحمل بعد التدبیر فالولد مدبر بتدبیر أمه»

المعتضد بالشهره و الأصول و القواعد و غیرها، و من هنا ینقدح ضعف العمل بالروایه الأولی زیاده علی ما عرفت.

و لو أعتق بعض الحامل و قلنا بتبعیه الحمل أو أدخله فی العتق و تأخر الأداء حتی وضعت بنی علی ما مر، فعلی اعتبار الأداء یلتزم بقیمه نصیب الشریک من الحمل منفصلا یوم الأداء، و علی الآخر تقوم حبلی، و الله العالم.

[تفریع إذا ادعی کل واحد من الشریکین علی صاحبه عتق نصیبه کان علی کل واحد منهما الیمین لصاحبه]

تفریع:

إذا ادعی کل واحد من الشریکین الموسرین مثلا علی صاحبه عتق نصیبه کان علی کل واحد منهما الیمین لصاحبه ثم یستقر رق نصـیبهما إن قلنـا إنه ینعتق بالأداء و لو علی جهه الکشف، و إن قلنا إنه ینعتق بالإعتاق عتق من غیر أن یحلفا أخـذا لها بإقرارهما، بل فی استسعاء العبد هنا نظر، من اعتراف کل منهما باستحقاق قیمه نصیبه من الآخر لا من العبد، و تعذر الأخذ منه لا ینزله منزله الإعسار و إن اختاره فی کشف اللثام، لکنه کما تری، و لو کان المدعی أحدهما فقد عرفت الکلام فیه سابقا.

و لو کانا معسـرین عدلین ففی القواعد «فللعبد أن یحلف مع کل واحد منهما و یصـیر حرا، أو یحلف مع أحدهما و یصـیر نصـفه حرا، و إن کـان أحـدهما عـدلا خـاصه کـان له أن یحلف معه و لعـل اقتصاره فی ذلک علی المعسـرین للتهمه باعتبار القیمه فی الموسرین، فلا تقبل شهاده أحدهما علی الآخر.

و فيه أنه يمكن جريانها باختصاص السعى به دون الآخر أيضا، بل بذلك توجهت دعوى أحدهما على الآخر، و إلا فلا معنى لدعوى انسان على آخر أنه أعتق عبده، و إنما ذلك من وظيفه العبد، كل ذلك بعد مشروعيه اليمين من العبد هنا مع الشاهد باعتبار كونه لدفع السعى عن نفسه و إن قلنا بعدم ثبوت العتق إلا بشاهدين.

مع أنه قد يناقش بأن دفع السعى عن نفسه للشريكين فرع ثبوت العتق منهما، و الفرض عدم ثبوته إلا بالشاهدين، و لا يمكن القول هنا بنفى السعى عنه بذلك و إن لم يثبت العتق نحو ما قيل فى دعوى السرقه بالنسبه إلى ضمان المال دون الحد، ضروره إمكان الانفكاك فيه بخلاف المقام، على أنه لا يتم فى صوره عداله أحدهما، إذ الحلف على دعواه عتق شريكه يوجب السعى للمدعى لا نفيه عنه (۱) كما هو واضح.

هذا و فى المسالك فى الصوره الأولى بعد أن حلف المدعى اليمين المردوده قال:

«ثم لو شهد هذا المدعى مع آخر ثبت العتق بشهاده الحسبه» و فيه إمكان منع القبول و إن كان هو قد استحق القيمه بيمينه، فلا تهمه من هذه الجهه إلا أنه هو مدع فيما شهد به كما فى الشركاء المدعين فتأمل.

و كيف كان ففى صوره التداعى معسرين يخرج نصيب كل منهما بإقراره عن استقرار يده، و يسعى العبد فى قيمته لهما بناء على ما عرفت من كون السعى بجميع الكسب لا خصوص الجزء الحر و إلا فلا يمكنه السعى هنا فإن كلا منهما يأخذ من كسبه ما قابل نصيبه لإنكاره العتق فيه، فلا يحصل منه ما ينفك به.

و لو اشترى أحدهما بعد دعوى العتق على جهه الفداء نصيب صاحبه عتق عليه ذلك، لإقراره، و لم يسر إلى النصف الذى كان له، و لا يثبت له عليه ولاء بإزاء هذا الجزء، لأنه لم يصدر عتقه عنه، فان مات و لم يكن له وارث سواه قيل كان ماله مجهول المالك، فإن البائع يقول: إنه للمشترى، لكونه عبده، و المشترى يقول:

إنه للبائع بالولاء و لكن للمشترى أن يأخذ منه بقدر ما أداه من الثمن، فإنه يدعى

۱- ۱ و فى النسخه الأصليه المسوده و المبيضه «لا ينفيه عنه».

أن البائع إنما أخذ ظلما، و قد ظفر له بمال.

و فيه (أولا) أنه يجب عليه دسه فى ماله لعلمه بكونه له و (ثانيا) أنه لا ظلم من البائع بعد أن بذل هو الثمن له و أباحه له، فلا وجه لمقاصته فيه.

و لو أكذب نفسه فى شهادته على شريكه بالعتق ليسترق ما اشترى منه لم يقبل، لأنه إنكار بعد إقرار.

و أما الولاء لو أعتقه ففى القواعد احتمال أنه له باعتبار أن على العبد ولاء شريكه لا يدعيه سواه، فيثبت له كما فى كل مال يدعيه من لا منازع له و إن تضمنت شهادته أولا بإعتاق شريكه بطلان الولاء له فى نصيب الشريك، لكنه كما ترى ضروره أنه ليس هو المعتق لهذا الجزء باعترافه أولا فهو لا يدعى ولاء إلا بعد أن أقر بانتفائه عنه، فلا يسمع، و لعله لذا استقرب بعد ذلك انتفاء الولاء عنه، لكن قال: نعم يثبت له المال لاعتراف البائع له بالاستحقاق، أى و مع ذلك هو يدعيه، و لا يضر شهادته السابقه المتضمنه لانتفاء المال عنه، فإنه لم يكن حين الشهاده مال نفسه، و حين حصول المال لا ينفيه و لا منازع، فهو حينئذ كمن أقر بما فى يده لاخر فأنكره ثم رجع و ادعاه، و حينئذ لو مات المشترى قبل العبد ثم مات العبد ورث العبد وارث المال: من الزوجه و غيرها، لا وارث الولاء، إلا أنه لا يخلو من نظر و إن افترق المال و الولاء بالإقرار و عدمه، لكن هذا المال لا طريق إلى تملكه إلا الإرث بالولاء الذى قد فرض عدم ثبوته له فتأمل.

و لو أكذب البائع نفسه فأقر بعتق نصيبه بعد إكذاب المشترى نفسه قدم قول البائع و إن كان مدعيا لفساد العقد، لتصادفهما حينئذ على الفساد بعد إلغاء إكذاب المشترى، لكن لا ـ ولاء له أخذا بإقراره الأول، و هل له المال؟ يحتمل لأنه يدعيه من صدقه المشترى حيث ادعى عليه العتق، و لا يسمع إكذابه نفسه ثانيا، و العدم لأنه بالبيع الذى فعله إقرار بأن المال ليس له، فلا يسمع إكذاب نفسه ثانيا، و لعله الأقوى.

و لو اشترى كل منهما نصيب صاحبه عتق أجمع باعترافهما، و لا ولاء لأحدهما عليه لاقرارهما، فإن أعتق كل منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه فى شهادته ففى القواعد ثبت الولاء، و فيه نظر، و كذا فى قوله: و لو أقر كل منهما بأنه كان قد أعتق و صدق الآخر فى شهادته بطل البيعان، و لكل منهما الولاء على نصيبه فتأمل.

و لو كان أحدهما معسرا و الآخر موسرا عتق نصيب المعسر خاصه إن قلنا بتعجيل السرايه، لاتفاقهما عليه بالمباشره أو بالسرايه، و إلا فنصيبه رق، لعدم الأداء، أما نصيب الموسر فلا يعتق مطلقا، لإنكاره المباشره و عدم السرايه بدعوى المعسر و لا تقبل شهادته عليه، لأنه يجر إلى نفسه نفعا و حينئذ فيحلف و يبرأ من القيمه و العتق، و لا ولاء لأحدهما فى نصيب المعسر و لو أقام العبد شاهدا حلف معه و عتق نصيب الموسر بناء على الاجتزاء بالشاهد و اليمين فيه.

و لو أعتق المعسر من الثلاثه نصيبه تحرر و استقر رق الآخرين إن لم نقل بالسعى، فإن أعتق الثانى نصيبه و كان موسرا سرى فى حصه الثالث و كان ثلثا الولاء للثانى.

و كيف كان فقد ظهر لک من جميع ما قدمناه أنه يعتبر فى السرايه زياده على كون المعتق بالغا جائز التصرف كون العتق باختياره، كما أشار إليه المصنف فى مسأله من ورث شقصا و لم يذكر المصنف غير ذلك لكن فى القواعد اعتبر شروطا أربعه: «الأول أن يكون موسرا، الثانى أن يعتق باختياره، الثالث أن لا يتعلق بمحل السرايه حق لازم كالوقف- قال- و الأقرب السرايه فى الرهن و الكتابه و الاستيلاد و التدبير، الرابع تمكن المعتق من نصيبه أولا، فلو أعتق نصيب شريكه كان باطلا، و لو أعتق نصف العبد انصرف إلى نصيبه و لزم التقويم، و لو أعتق الجميع صح و لزمه القيمه».

و فيه أن الأول ليس شرطا للسرايه، لما سمعت من حصولها مع الإعسار و استسعاء العبد، و مرجع الرابع إلى عتق الشقص المملوک له و لو بعتق العبد أجمع

و أما الثالث فقد قيل فى وجهه أنه ملك لله، فيمنع من البيع فلا يصح التقويم و الشراء، و فيه أنه لا يتم على القول بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه، و حينئذ يتجه السرايه لعموم الأخبار (۱) خصوصا بعد ثبوت بيع الوقف فى موارد، فلعله منها، و لأنه انعتاق قهرى فيكون كما لو عمى أو جذم، و خصوصا أيضا بعد ما قيل فى وجه الأقرب من أنه لا يمنع شى ء منها، و لأن الملك أقوى منها، فإذا لم يمنع من السرايه فهى أولى، و لتغليب الحريه، اللهم إلا أن يناقش فى الأخير بأنها على خلاف الأصل، و بأنها حقوق لازمه مانعه من البيع، فتمنع من التقويم و لا أقل من الشك، و الأصل عدم السرايه، و منه ينقدح الشك فيها فى الأول حتى على القول بالانتقال، و لكن الأول لا يخلو من قوه.

و فى الدروس يشترط فى السرايه أن لا يتعلق بالشقص حق لازم كالوقف و الكتابه و الاستيلاد ترجيحا لأسبق الحقين، و قيل بالسرايه للعموم، و السرايه إلى الرهن أقوى، و أقوى منه التدبير، و أقوى منهما الوصيه بعتق الشقص، و الله العالم.

و إذا دفع المعتق قيمه نصيب شريكه و قلنا بتوقف العتق على الأداء و إلا فعلى التعجيل أو الكشف يحصل العتق بالصيغه هل ينعتق عند الدفع أو بعده؟ فيه تردد، و الأشبه عند الشيخ أنه بعد الدفع ليقع العتق عن ملك و لكن لو قيل بالاقتران كان حسنا كما سمعته فى عتق المأمور، لظهور الأدله فى انعتاقه بمجرد الأداء، فجمع بينه و بين ما دل (۲) على أنه

«لا عتق إلا فى ملك»

بذلك، و يكون الترتيب بينهما حينئذ ذاتيا لا زمانيا، نحو ما سمعته فى شراء القريب و انعتاقه عليه، بل قد يقال: لا داعى هنا إلى ذلك بعد ظهور

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب العتق الحديث ۲ و فيه «لا عتق الا بعد ملك».

الأدله بالانعتاق بالأداء الـذی هو من المولی کالکسب من العبـد، و لا دلیل علی اعتبار الدخول فی الملک فی ثبوت الولاء له، إذ یمکن القول بالاکتفاء بذلک فی ثبوته له.

و علی کل حال فلا إشکال فی عدم احتیاج العتق هنا إلی صیغه و إن أوهمه بعض النصوص (۱)

السـابقه التی عبر بمضـمونها بعض القـدماء. و من ذلـک أشـکل الحال علی بعض الأفاضل، لکنه فی غیر محله، ضـروره معلومیه الحکم المقتضیه لتنزیل ما فی النصوص المزبوره علی إراده العتق بالأداء، کما أشرنا إلیه سابقا.

ثم إن الظـاهر تبعض الحریه بتبعض القیمه کمـا فی السـعی، لکن هـل للمولی الامتنـاع من قبض البعض؟ یحتمـل ذلـک، بـل قد یحتمل عدم انعتاق البعض لو فرض إعساره عن الجمیع و إن کان الأقوی خلافه، و الله العالم.

و إن شـهد بعض الورثه علی مورثهم بعتق مملوک لهم مضـی العتق فی نصـیبه بلاـ إشـکال و لاـ خلاـف، فإن إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز أو کونه بصوره الشهاده (۲) لا ینافی کونه إقرارا أیضا.

کما أنه لا إشـکال و لا خلاف فی أنه إن شـهد آخر معه و کانا مرضیین للشهاده نفذ العتق فیه کله لعموم حجیه البینه و إلا یکونا مرضیین مضی العتق فی نصیبهما للإقرار و لا یکلف أحدهما شراء الباقی لعدم کونه معتقا، لکن یستسعی المملوک، ل

صحیح محمد بن مسـلم (۳) عن أحـدهما علیهما السـلام «سألته عن رجل ترک مملوکا بین نفر فشـهد أحـدهم أن المیت أعتقه، قال: إن کان الشاهد مرضیا لم یضمن، و جازت شهادته، و استسعی العبد فیما کان للورثه»

و نحوه

خبر منصور (۴) عن الصادق علیه السلام قال «سألته عن رجل هلک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۲ و ۳.

۲- ۲ هکذا فی النسخه الأصلیه المبیضه. و فی المسوده «و کونه بصوره الشهاده.» و هو الصحیح.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵۲- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۲- من کتاب العتق الحدیث ۲.

و ترک غلاما فشهد بعض ورثته أنه حر، قال: إن كان الشاهد مرضيا جازت شهادته، و يستسعى فيما كان لغيره من الورثه».

و عن الصدوق و ابن الجنيد العمل بهما، بل عن الشيخ فى النهايه استسعاء العبد فى الباقى و إن لم يكن مرضيا، و فى المختلف الوجه مضى الإقرار فى حق المقر سواء كان مرضيا أو لا، و لا يجب السعايه، ثم احتمل كون وجه التفصيل بين المرضى و غيره بالنسبه إلى السعى أن عدالته تنفى التهمه فى تطرق الكذب عليه، فيمضى الإقرار فى حقه خاصه، و أما فى حق الشركاء فيستسعى العبد، كمن أعتق حصته من عبد و لم يقصد الإضرار مع إعساره، و أما إذا لم يكن الشاهد مرضيا فإنه لا يلتفت إلى قوله إلا فى حقه خاصه، و لا يستسعى العبد، بل يبقى حصص الشركاء فيه على العبوديه، و يحكم فى حصته بالحريه، و لكن قال بعد ذلك: «و هذا عندى محمول على الاستحباب عملا بالروايه».

و فيه أنه لا داعى إلى حملها على ذلك مع عدم المعارض و جامعيتها لشرائط العمل، نعم لا وجه للتعديه عنها إلى وجوب السعى و إن لم يكن مرضيا بلا دليل، و يمكن أن يريد الفاضل عدم وجوب السعى على العبد، لما عرفت من أن ذلك راجع إلى اختياره، فلا يكون مخالفا، كما أنه يمكن دعوى أنه يستفاد من النص (۱) و الفتوى تسلط العبد على الفك و لو بالسعى متى ثبت عتق شقصه و لو قهرا أو بإقرار بنفى الشريك فيه، فلاحظ و تأمل، فإنه لا يخلو من نظر أو منع، خصوصا بالنسبه إلى الأخير، بل و سابقيه بناء على اختصاص أم الولد بالدليل، و ربما يأتى مزيد تحقيق لذلك، و الله العالم. هذا كله فى إزاله الرق بالسرايه.

[الفصل الثالث فى إزاله الرق بالملک]

اشاره

و أما إزالته ب الملک فإذا ملک الرجل أو المرأه اختيارا أو اضطرارا أحد الأبوين و إن علوا أو أحد الأولاد ذكرانا و إناثا أو خناثا و إن نزلوا انعتق فى الحال بلا خلاف أجده فيه نصا (۲) و فتوى، بل الإجماع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷ و ۹- من كتاب العتق.

بقسميه عليه.

و كـذا لو ملـك الرجـل إحـدى المحرمـات عليه نسـبا كالعمه و الخاله و بنت الأخ و بنت الأخت. نعم لا ينعتق على المرأه سوى العمودين أى الإبـاء و إن علوا و الأولـد و إن نزلوا بالاتفـاق كمـا فى كشف اللثـام، إلا فى الزوج ففيه خلاف، قلت: فى المقنعه إلحاق الأخ و العم و الخال بالعمودين، لكنه شاذ، بل النص و الفتوى على خلافه.

و لو ملـك الرجـل أو المرأه من جهه الرضـاع من ينعتق عليه أو عليهـا بـالنسب هـل ينعتق عليه و عليهـا؟ فيه روايتان (۱) و قولان أشهرهما روايه و فتوى العتق كما تقدم ذلك كله و غيره مفصلا فى بيع الحيوان (۲)، فلاحظ و تدبر.

و كذا تقدم فيه (۳) و فى كتاب الكفارات (۴) و فى هـذا الكتاب أنه يثبت العتق حين يتحقق الملك (۱۱) لا بعده آنا، كما عن المبسوط، و لا أنه لا ملك، كما عن بعض و إن أوهمه بعض النصوص (۵)

النافيه له المحمول على إراده المستقر.

بل و (۱۲) تقدم أيضا أن من ينعتق كله بالملك ينعتق بعضه بملك ذلك البعض (۱۳) لإطلاق الأدله و (۱۴) أنه إذا ملك (۱۵) اختيارا شـقصا ممن ينعتق عليه لم يقوم عليه إن كان معسرا (۱۶) ضـروره عدم زيادته على عتق ذلك مباشره و كذا لو ملكه بغير اختياره (۱۷) و إن كان موسرا، خلافا لما سمعته من الشيخ فى الخلاف. و (۱۸) قد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من كتاب العتق.

۲- ۲ راجع ج ۲۴ ص ۱۴۱- ۱۴۶.

۳- ۳ راجع ج ۲۴ ص ۱۴۱.

۴- ۴ راجع ج ۳۳ ص ۲۴۳- ۲۴۴.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب العتق الحديث ۲ و ۳ و ۵.

عرفت ضعفه، نعم لو ملکه اختیارا و کان موسرا قال الشیخ: یقوم علیه، و فیه تردد قد عرفت منشأه، و تحقیق الحال فیه و فی غیره فی کتاب الکفارات (۱) فلاحظ، و الله العالم.

[فروع]

[الأول لو أوصی له ببعض ولده فمات بعد موت الموصی قبل القبول]

فرعان: بل فروع

الأول: لو أوصی له ببعض ولده فمات بعد موت الموصی قبل القبول فقبله أخوه له ملکه علی الأصح، لکن فی القواعد و شرحها للاصبهانی «سری فی باقیه علی المیت إن خرج قیمه الباقی من الثلث، لإعساره فیما زاد علیه، و ذلک لتنزل قبوله منزله قبول الموصی له، فکأنه قبل فی الحیاه، و قبوله کاشف عن ملکه حین مات الموصی» و فیه أن قبول الأخ یملکه لا المیت، کما تقدم تحقیقه فی کتاب الوصایا.

و منه یعلم ما فی قوله أیضا «و لو أوصی له ببعض ابن أخیه فمات و أخوه وارثه فقبله أخوه له لم یقوم الباقی علی الأخ، لأن الملک یحصل للمیت أولا لقبول الوارث له ثم له بالإرث، فکأنه حصل له الملک بغیر اختیاره» إذ قد عرفت أن الذی یملک بالقبول الوارث لا المیت الذی خرج عن قابلیه الملک، و الوارث إنما قام مقامه فی استحقاق تملک الموصی به بالقبول للأدله الداله علیه، و لذا لا تتعلق به دیون المیت و لا وصایاه، بل لو قصد القبول للمیت بطل، لعدم ما یدل علی مشروعیته علی وجه یترتب علیه الحکم المزبور، و علی هذا فالمتجه فی الفرض التقویم علی الوارث.

بل فی القواعد احتمال ذلک علی الأول أیضا، لأنه فی الحقیقه حصل باختیاره و إن بعد بواسطه قال: «و کذا الاحتمال لو رجع إلیه بعض قریبه الذی ینعتق علیه

۱- ۱ راجع ج ۳۳ خصال الکفارات: الوصف الثالث.

برد عوضه بـالعيب» أى كمـا لو باع بعض أخيه بعين ثم مات البائع، و لـم يخلف إلا ابن أخيه، ثم ظهر فى العين عيب فرده، فرجع إليه البعض من أبيه، فيقوم عليه، لحصول الملـك له باختيـاره بواسـطه، و مقتضـى ذكره ذلـك احتمالا أن الأقوى شـده خلافه، و لعله لمـا قيـل من أنه إنمـا اختـار رد العوض و الرجوع حصـل بغير اختيـاره، لكنه كما ترى، ضـروره أن اختيار المسـببات باختيار أسبابها.

[الثانى لو اشترى هو و أجنبى صفقه قريبه الذى ينعتق عليه عتق كله مع يساره]

الثاني:

لو اشترى هو و أجنبى صفقه قريبه الذى ينعتق عليه عتق كله مع يساره، من قيمه حصه شريكه.

[الثالث لو اشترى الزوج و الولد أمه صفقه و هى حامل ببنت سرى على الولد فى الأم]

الثالث:

لو اشترى الزوج و الولـد أمه صـفقه و هى حامـل ببنت سـرى على الولـد فى الأم، قومت حصه الزوج منها على الابن، لأنها تنعتق عليه دونه، و عتقت البنت عليهمـا معـا، لأنهـا بنت الزوج و أخت الابن، و ليس لأحـدهما على الآخر شـى ء من قيمتها، و كـذا لو وهبت الأـم لهمـا فقبلاها دفعه، و لو قبلها الابن أولا عتقت عليه هى و حملها و غرم قيمه الأم حاملا للواهب دون الزوج الـذى لم يحصل له ملك بسبب التلف قبل قبوله و إن احتمل، لكنه واضـح الضـعف. و لو قبل الزوج أولا عتق عليه الولـد كله و عليه قيمه نصفه للواهب، ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها و يغرم نصف قيمتها للزوج، و الله العالم.

[الرابع إذا أوصى لصبى أو مجنون بمن ينعتق عليه فللولى أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه]

الرابع:

إذا أوصى مثلا- لصبى أو مجنون بمن ينعتق عليه فللولى أن يقبل إن لم يتوجه به ضرر على المولى عليه بإنفاق و نحوه، بل ربما احتمل الوجوب، و هو أحوط، فإن كان فيه ضرر لم يجز القبول، لأنه لا- غبطه للمولى عليه، بل فيه فساد، و ذلك كالوصيه بالمريض الفقير تفصيا من وجوب نفقته على المولى عليه، و حينئذ فلو قبل على هذا الحال كان القبول باطلا، نحو شراء الولى قريب الطفل الذى ينعتق عليه، لأنه إتلاف محض.

[الخامس إذا أوصى له ببعض من ينعتق عليه و كان معسرا جاز القبول]

الخامس: (۱) إذا أوصى له ببعض من ينعتق عليه و كان معسرا جاز القبول أو وجب.

و لو كان المولى عليه موسرا قيل: لا يقبل، لأنه يلزمه افتكاكه و إن لم تجب نفقته، و الوجه عند المصنف و الأكثر على ما فى المسالك القبول، إذ الأشبه أنه لا- يقوم عليه لدخوله فى ملكه بغير اختياره، و الأصل البراءه، و إن كان قد يناقش بأن اختيار المولى كاختياره، و لكن الأقوى عدم التقويم، و الله العالم.

[الفصل الرابع فى إزاله الرق بالعوارض]

و أما زوال الرق ب العوارض فهى أمور: منها العمى و الجذام و الإقعاد (۱۱) بلا خلاف أجده فى شى ء منها، بل ظاهر غير واحد الإجماع عليه، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع صريحا فى الأخير و الأول، ل

قول الصادق عليه السلام فى

۱- ۱ و هو ثانى الفرعين من الشرائع.

الصحیح (۱): «إذا عمی المملوک عتق»

و فی

خبر السکونی (۲): «قال رسول الله صلی الله علیه و آله إذا عمی المملوک فلا رق علیه، و العبد إذا جذم فلا رق علیه»

و فی

خبره الآخر (۳) عنه أیضا عن أبیه عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنه قال: «العبد الأعمی و الأجذم و المعتوه لا یجوز فی الکفارات، لأن رسول الله صلی الله علیه و آله أعتقهم»

و فی خبر أبی البختری (۴) أن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: «لا یجوز فی العتاق الأعمی و المقعد»

و عن ابن الجنید

فی حدیث أهل البیت علیهم السلام (۵)

«أن الرسول الله صلی الله علیه و آله قال: إذا عمی المملوک أو جذم فلا رق علیه»

و عن أمیر المؤمنین علیه السلام (۶)

«من أصابته زمانه فی جوارحه و بدنه و من نکل به مولاه فهو حر لا سبیل علیه سائبه»

و قال أبو جعفر علیه السلام فی خبر الجعفی (۷): «إذا عمی المملوک أعتقه صاحبه، و لم یکن له أن یمسکه»

بل عن ابن حمزه إلحاق البرص بالجذام، و لم أقف له علی دلیل.

و منها إسلام المملوک فی دار الحرب سابقا علی مولاه و خرج منها إلینا بلا خلاف أجده، بل عن صریح المختلف و ظاهر غیره الإجماع علیه، مضافا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب العتق الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۷- من أبواب الکفارات الحدیث ۳ من کتاب الإیلاء و الکفارات.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب العتق الحدیث ۴.

۵- ۵ الظاهر أن ابن الجنید قده اقتبس ذلک من روایه السکونی المتقدمه و المرویه فی الوسائل الباب- ۲۳- من کتاب العتق

الحديث ٢.

۶ - ۶ الظاهر أن ابن الجنيد قده اقتبس ذلك من روايه السكونى المتقدمه و المرويه فى الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣ و روايه أبى بصير الاتيه و المرويه فى الوسائل الباب- ٢٢- من كتاب العتق الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ٢٣- من كتاب العتق الحديث ۶.

إلى

الخبر (۱)

«أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر و أى عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد»

بل عن ظاهر المبسوط و صريح الحلى- و إن كنا لم نتحقق الأخير- ذلك و إن لم يخرج، لآيه نفى السبيل (۲) خلافا للمشهور للأصل و ظاهر الخبر السابق (۳)، و تمام الكلام فيه فى كتاب الجهاد (۴).

و منها دفع قيمه الوارث الذى لا وارث لقريبه غيره، و قد أشبعنا الكلام فيه فى كتاب الموارث، فلاحظ و تأمل.

و فى عتق من مثل به مولاه تردد و خلاف و لكن المروى فى مرسل جعفر بن محبوب (۵) عن الصادق عليه السلام أنه ينعتق (۶)

- قال: «كل عبد مثل به فهو حر»

و قال أبو جعفر عليه السلام فى صحيح أبى بصير (۶): «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنه حر لا سبيل له عليه، سائبه»

إلى آخره، و

عن الصدوق «أنه روى فى امرأه قطعت يدى وليدتها أنها حره لا سبيل لمولاتها عليها» (۷)

إلى غير ذلك من النصوص المنجبره بالشهره العظيمه التى لا مخالف لها إلا ابن إدريس لأصله الذى قد تحقق ضعفه فى محله، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع عليه، فمن الغريب تردد المصنف فى ذلك، و أغرب منه الوسوسه من بعض الناس فى الحكم فى الأسباب الأوله التى لم يخالف فيها ابن إدريس أيضا، و التحقيق ما عرفت.

و التنكيل: إذا جعله نكالا و عبره لغيره، كما فى الصحاح، كما أن فيه أيضا «مثل به يمثل مثلا: أى نكل، و الاسم المثله بالضم، و مثل بالقتيل جذعه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب جهاد العدو الحديث ۱ من كتاب الجهاد.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۴۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب جهاد العدو الحديث ۱ من كتاب الجهاد.

۴- ۴ راجع ج ۲۱ ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب العتق الحديث ۱.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب العتق الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ٢٢- من كتاب العتق الحديث ٣.

و المثله بفتح الميم و ضم الثاء العقوبه، و الجمع المثلات و أمثله، جعله مثله» إلى آخره.

و على كل حال فليس فى كلام الأصحاب ما يدل على شى ء مخصوص، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعا لإطلاق النص، و قد سمعت مرسل الصدوق، و

من طرق العامه روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده زنباع أبى روح (۱)

«أنه وجد غلاما مع جاريه له فجدع أنفه و جبه، فأتى النبى صلى الله عليه و آله فقال: من فعل هذا بك؟ فقال: زنباع، فدعاه النبى صلى الله عليه و آله، فقال ما حملك على هذا؟ فقال: كان من أمره كذا و كذا، فقال النبى صلى الله عليه و آله: اذهب فأنت حر»

و ظاهرها أن الجب تنكيل و تمثيل و ليس ببعيد.

و يتفرع على ذلك انعتاق الخصيان على مواليهم الذين يفعلون بهم ذلك، فلا يصح شراؤهم لمن يعلم بالحال، نعم لا بأس به مع اشتباه الحال، كما لا بأس بالشراء مع الشك فى حصول التنكيل بقطع بعض الأذن الواحده أو نحو ذلك للأصل و غيره.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فى اقتضاء الأسباب المذكوره الانعتاق بين كونها بفعل الله أو بفعل العبد، لحصول مسماها الذى هو العنوان، نعم يختص التنكيل فيها بالمولى.

و لو كان له بعض العبد فنكل به انعتق عليه و ضمن قيمه الشقص لشريكه بناء على أن اختياره للسبب اختيار للمسبب، فهو حينئذ كشراء من ينعتق عليه، و استشكل فيه فى الدروس من ذلك و من تحريم السبب، و الله العالم.

و قد يكون التدبير و المكاتبه و الاستيلاد سببا للعتق و ذلك إذا جمع الشرائط الآتيه التى منها موت المولى و الولد حى وارث، و كون موت المولى من

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۸ ص ۳۶ و فيه «عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال: كان لزنباع.» مع اختلاف فى لفظ الحديث أيضا.

فعل الله تعالى دون الاستيلاد لا يقتضى رفع سببيته، كما أن عمى العبد و إقعاده من أسباب العتق و إن كان من قبل الله تعالى، و اشتراط المباشره فى السبب تحكم، و فى الحقيقه هذه الأسباب علامات لحكم الله تعالى بالعتق سواء كان بفعل الله تعالى أو بفعل المكلف، نعم يمكن أن لا يجعل الاستيلاد سببا باعتبار أن موت المولى مع بقاء الولد يوجب انتقال أم الولد إلى ملكه أو بعضها، فتنعتق عليه بالملك لا بالاستيلاد، و لكن الأمر سهل إذ لا فائده مهمه فى ذلك.

و كيف كان فلما كان الاستيلاد سببا فى زوال الرق كالتدبير و الكتابه فلنذكر الفصول الثلاثه فى كتاب واحد، لأن ثمرتها إزاله الرق و هى مشتركه بينها.

[كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاد]

[كتاب التدبير]

اشاره

كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاد

التدبير هو تفعيل من الدبر، و المراد به هنا تعليق الحكم بدبر الحياه، و إليه يرجع ما قيل من أنه سمى تدبيرا، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه و أمر آخرته بإعتاقه، لأن التدبير فى الأمر مأخوذ من الدبر أيضا، بمعنى النظر فى عواقب الأمور و أدبارها.

و على كل حال فلا خلاف بين المسلمين فى تحققه بإنشاء عتق العبد أى المملوك معلقا له على ما بعد وفاه المولى أى عندها على نحو غيره من التعليق.

و إنما الخلاف فى صحه تدبيره بعد وفاه غيره كزوج المملوكه و وفاه من يجعل له خدمته و من هنا قال المصنف: فيه تردد أظهره الجواز وفاقا للشيخ و أتباعه، بل المشهور و مستنده النقل.

و هو

صحيح يعقوب بن شعيب (۱)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام الرجل يكون له الخادم و يقول هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره، فتأبق الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين ثم يجدها ورثته، أ لهم أن يستخدموها إذا بقت، قال: إذا مات الرجل فقد عتقت».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب التدبير الحديث ۱.

و

خبر محمد بن جهم (۱) المنجبر بالشهره و بروایه الحسن بن محبوب عنه الذی هو من أصحاب الإجماع قال: «سألت أبا الحسن موسی بن جعفر علیهما السلام رجل زوج أمته من رجل آخر و قال لها: إذا مات الزوج فهی حره فمات الزوج، قال:

إذا مات الزوج فهی حره تعتد عده المتوفی عنها زوجها و لا میراث لها منه، لأنها إنما صارت حره بعد موت الزوج»

و أسند الأول فی الکفایه إلی صحیح محمد بن مسلم و إن کنا لم نتحققه.

و من ذلک یظهر لک النظر فیما أنکره فی المسالک و غیرها علی المصنف و غیره، حتی قال: «إنما الموجود من النقل صحیح یعقوب الذی هو مختص بوفاه المخدوم، فتعدیه إلی غیره غیر مستند إلی النقل، فان روعیت الملابسه و هی لا تخرج عن ربقه القیاس فلا وجه، لاختصاصه بهذین، لأن وجوه الملابسه لا تنحصر، و یجی ء علی هذا جواز تعلیقه بوفاه مطلق الملابس، بل مطلق الناس، لفقد ما یدل علی غیر المخدوم، و هو قول فی المسأله و ربما قیل بجواز تعلیقه بموت غیر الآدمی لاشتراک الجمیع فی معنی التدبیر لغه، و هو تعلیق العتق علی الوفاه، و أکثر الأصحاب لم یتعرضوا لغیر المروی، و هو الأنسب، لکن یبقی فیه أن الصحیح وارد فی الأمه فتعدیته إلی العبد لا یخلو من نظر، و ما اشتهر من أن خصوصیه الذکوریه و الأنوثیه ملغاه و أن الطریق متحد لا یقطع الشبهه و إن کان متجها» إذ هو کما تری و إن تبع فی أکثره الشهید.

و من الغریب دعوی تحقق التدبیر بالتعلیق علی وفاه غیر الآدمی بل لا أعرف القائل به، و ما سمعته عن ابن الجنید إنما هو فی العتق المعلق، بل یمکن دعوی حصول القطع من النص و الفتوی بخلافه، إذ نحن فی عویل من تحققه بموت غیر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب التدبیر الحدیث ۲ و الباب- ۶۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۱ من کتاب النکاح. و فی کلا الموضعین عن محمد ابن حکیم کما فی التهذیب ج ۸ ص ۲۱۳- الرقم ۷۶۰ و الفقیه ج ۳ ص ۳۰۲- الرقم ۱۴۴۵.

المولی و لو المخدوم و الزوج، حتی أن ابن إدریس أنکره فیهما، و هو فی محله، فان المستفاد من نصوص الباب و فتاوی الأصحاب کون التدبیر التعلیق علی وفاه المولی، و لیس فی الخبرین المزبورین دلاله علی صحته تدبیرا، فیمکن جواز خصوص هذا الفرد من العتق معلقا للخبرین المزبورین بعد کونهما من حجه و لو من جهه الانجبار، و لا یتعدی إلی غیر مضمونهما، أو تأویلهما بما یرجع إلی شرط الخدمه فی العتق أو النذر و أخویه أو غیر ذلک، أو حملهما علی التقیه، أو تأویل الصحیح بما یرجع إلی التدبیر، بدعوی إرجاع الضمیر إلی المولی، کما أطنب به المقداد فی التنقیح، و إن کان هو کما تری.

و بذلک یظهر لک النظر فی کلمات کثیر من الناس، إذ المحصل منها تحقق التدبیر بالتعلیق علی الوفاه و لو غیر الآدمی أو خصوص المولی و المخدوم أو هما مع الزوج أو مطلق الملابس أو مطلق الآدمی، و فی المسالک بناء الخلاف علی کونه وصیه أو عتقا، فلا یصح تعلیقه علی غیر المولی علی الأول بخلاف الثانی، مع أنه یمکن استثناء هذا الفرد من الوصیه للخبرین، مع فرض دلالتهما علی صحته تدبیرا، و التحقیق ما عرفت.

و ربما یومئ إلیه جعل المصنف مضمون الصحیح مسأله مستقله فی آخر کتاب التدبیر فقال: «و لو جعل خدمه عبده لغیره ثم قال: هو حر بعد وفاه المخدوم صح علی الأصح» و نحوه الشهید فی الدروس قال: «کتاب المدبر و هو المعلق عتقه بموت المولی، لأن المولی دبر الحیاه فالموصی بعتقه لیس مدبرا و التعلیق بموت غیر المولی إن جعل له الخدمه نافذ فی صحیح یعقوب بن شعیب (۱)عن الصادق علیه السلام و حمل علیه الزوج و طرد بعضهم فی الموت مطلقا و قصره ابن إدریس علی موت المولی، و یظهر من ابن الجنید جواز تعلیقه علی موت الغیر مطلقا، و سماه تدبیرا، و القاضی لو علق العتق بوقت تحرر عنده، و له الرجوع فیه، و کذا لو علقه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب التدبیر الحدیث ۱.

بقدوم زید أو برؤيته» و هو كالصريح فی أن ذلک مسأله مستقله لا أنها من التدبير على وجه يجرى عليه أحكامه التى ستعرفها. و كذا الشيخ فی النهايه، بل و المفيد فی المقنعه و غيره.

بل يومئ إليه تصريح الصحيح (۱)

بعدم بطلان تحريره بالإباق و لو كان تدبيرا لبطل، و دعوى اختصاص الحكم المزبور فی خصوص المعلق على وفاه المولى ليس بأولى من القول بأن ذلک لعدم كونه تدبيرا، بل الثانی أولى، لظهور أدله بطلانه بالإباق فی الأعم.

بل قد يدعى اتفاق أهل الشرع و اللغه و العرف على ذلک، و لذا حكى فی التنقيح عن ابن إدريس دعوى إجماع المسلمين عليه مقرا على ذلک، بل ظاهر الخصم ذلک، ضروره استناده فی المعلق على وفاه المخدوم و الزوج إلى النقل الذى قد يدعى أنه لا دلاله فيه، لا إلى صدق التدبير، بل التأمل فی عباره الفاضل فی المختلف يقتضى الاعتراف بعدم كونه تدبيرا عرفا.

و أول من اشتبه عليه الأمر- فظن أن ذلک من التدبير على وجه تجرى عليه أحكامه لذكرهم إياه فی كتاب التدبير للشبه به- ابن حمزه فی الوسيله و تبعه المصنف فی الكتاب و اقتفاه تلميذه الفاضل فی جمله من كتبه، و تبعهما الشهيد فی غايه المراد، و جرى على منوالها ثانی الشهيدين، و تبعه الصيمرى و الفاضل الأصبهانی فی شرحه على القواعد، و السيد فی الرياض و غيرهم، و أخذ بعضهم كلام بعض على وجه يظهر للمتأمل فيه أن كلا منهم قد استمد من الآخر، و لكن التحقيق ما عرفت، و الله الموفق و الهادى.

و حينئذ فيجرى عليه حكم العتق المعلق لا التدبير، فيحسب من تصرفات المالک فی حال صحته لو فرض موت المعلق عليه فی حياه المولى إذا فرض وقوع ذلک فی حال صحته و لا يبطل بالإباق، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب التدبير الحديث ۱.

و كيف كان فتمام العلم به أى التدبير يستدعى ثلاثه مقاصد:

[المقصد الأول فى العباره و ما يحصل به التدبير]

اشاره

الأول:

فى العباره و ما يحصل به التدبير و لا خلاف و لا إشكال فى أن اللفظ الصريح أنت حر بعد وفاتى من غير حاجه إلى قول: «أنت رق فى حياتى» كما عساه يظهر من الشيخين أو يتوهم أو إذا مت فأنت حر أو عتيق أو معتق و إن تردد فيه المصنف فى صيغه العتق، إلا أنك قد عرفت هناك تحقيق الحال و أن لفظ العتق أكثر استعمالا من لفظ التحرير، فالصيغه به من الصريح قطعا، و التدبير أولى منه بذلك.

بل لا يبعد صحته بغير الجمله الاسميه مثل حررتک و أعتقتک بعد وفاتى و إن سمعت الخلاف فيه فى العتق، و لكن ظاهر المتن حصر اللفظ الصريح بما ذكره، و مقتضاه عدم جواز غيره، لأنه صريح، بل ظاهر المسالك و كشف اللثام الإجماع على عدم وقوعه بالكنايه، إلا أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى عدم صراحه غير ما ذكر، ضروره عدم الإشكال فى صراحه «حررتک» و «أعتقتک».

كما أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى عدم الاجتزاء بها و إن كانت صريحه، ضروره اقتضاء إطلاق الأدله خلافها، بل لم نعرف أحدا صرح بعدم الاجتزاء بها و إن كانت صريحه، نعم قد سمعت ذلك فى العتق، و دعوى اتحاده مع التدبير بالنسبه إلى ذلك ممنوعه و إن قلنا إنه قسم من العتق، لكنه يمكن التوسعه فيه، كما يومئ إليه

ما ستعرفه من صحته بأنت مدبر (و بالجمله) لا إجماع قطعا على عدم الاجتزاء بها و إن كانت صريحه، فإطلاق الأدله حينئذ بحالها، نعم إن كان هناك إجماع فهو بالنسبه إلى الكنايه لا إلى الصريح، كما هو واضح.

و على كل حال فلا إشكال و لا خلاف فى أنه لا عبره باختلاف أدوات الشرط لإطلاق الأدله و لحصول الاختلاف فى المأثور منها و كذا لا عبره باختلاف الألفاظ التى يعبر بها عن المدبر كقوله: هذا أو هذه أو أنت أو هو أو فلان بل و غير ذلك مما يدل عليه حقيقه أو مجازا كما سمعته فى موضوع العتق. و كذا لو قال متى مات أو أى وقت أو أى حين أو غير ذلك.

و هو على المشهور ينقسم إلى مطلق كقوله: إذا مت، و إلى مقيد بشرط أو شروط كقوله: إذا مت فى سفرى هذا أو فى مرضى هذا، أو فى سنتى هذه أو فى شهرى أو فى شهر كذا أو حتف أنفى أو قتلت أو فى بلد كذا أو نحو ذلك، لإطلاق الأدله، و خصوص

صحيح ابن حازم (۱)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، فقال أبو عبد الله عليه السلام:

يرد من وصيته ما شاء و يجيز ما شاء»

و حينئذ فان مات على الصفه المزبوره عتق و إلا فلا، خلافا لموضع من المبسوط، فألحق التدبير المقيد بالمعلق على الشرط، فحكم ببطلانهما، نظرا إلى اشتراكهما فى التعليق، و اقتصارا فى مخالفه التنجيز على المتيقن من النصوص و الفتاوى، و فيه أن إطلاق أدله التدبير كاف فى الحكم بجوازه، خصوصا بعد الشهره العظيمه، على أنه

فى الخبر (۲)

«رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، قال: يرد من وصيته ما شاء و يجيز منها ما شاء».

و لو قال: أنت مدبر و اقتصر لم ينعقد كما عن الخلاف، للأصل المقتصر فى الخروج منه على المتيقن، خصوصا بعد معلوميه كون التدبير قسما من العتق الذى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب الوصايا الحديث ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب الوصايا الحديث ۸.

قـد عرفت الإجماع على عـدم وقوعه بالكنايه التى منها ذلك، بل ظاهر المسالك و كشف اللثام و غيرهما الإجماع هنا أيضا على عدم الوقوع بالكنايه، و لأنه إما عتق فلا بد فيه من صريح لفظه، أو وصيه به فلا بد من التصريح بالموصى به.

لكن قد يناقش بمنع كونه منها، بل هو من الصـريح لغه و عرفا فيه، بل قيل: إنه كان معروفا فى الجاهليه، و لا ينافى كونه فردا من مطلق العتق اختصاصه بلفظ لا يصح فى المطلق نحو ما سـمعته فى الخلع، لصـراحته فيه دونه، و لعله لذا كان خيره الفاضل الوقوع بهـا، كمـا عن القاضـى و أبى على و المبسوط، بـل فى الريـاض نسـبته إلى جمع كثير، بل حكى عن الأولين تحقق التـدبير به مع القصد و إن كان كنايه، لكنه كما ترى بناء على تحقق الإجماع على عدم جواز التدبير بها، هذا كله إذا اقتصر.

أما لو قال: فإذا مت فأنت حر صح إجماعا بقسميه و كان الاعتبار بالصيغه لا بما تقدمها كما هو واضح.

و لو كـان المملوك لشـريكين مثلاـ بالسويه أو التفاوت فقالا دفعا أو ترتيبا إذا متنا فأنت حر و أطلقا لفظا و نيه انصـرف قول كل واحد منهما إلى نصـيبه و صح التدبير كما عن المبسوط، لأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شـرط فهو صالح أيضا لتعليق نصـيب كل منهما على وفاه نفسه فيحمل على الصـحيح صونا لكلامه عن الهـذر و ترجيحا لجانب الصـحه الموافق لغرض الشارع مع إمكان حمله عليه.

و فيه- مع أنه مبنى على عـدم جواز التعليق على وفاه الغير على جهه التـدبير أو غيره- أن الأصل المزبور لا يغير ظاهر اللفظ الذى هو التعليق على وفاه الغير، ضـروره كونه إنشاء لا يتحقق بالنسـبه إلى موت الآخر إلا بتعليقه عليه، بخلافه على ما ذكر، فإنه يكون إنشاء بالنسبه إلى تعليق نصيبه على وفاه نفسه، و إخبارا

بالحكم بالنسبه إلى الحكم بعتقه أجمع على تقدير وفاتهما، و حينئذ فالمتجه بناء صحته و بطلانه على جواز تعليقه على وفاه الغير تدبيرا أو غيره و عدمه، و قد عرفت أن التحقيق عدم جوازه مطلقا إلا في خصوص مضمون الخبرين (۱)

المزبورين، و منه يعلم الحال في صوره العلم بكون قصدهما ذلك.

أما مع قصد تدبير كل منهما نصيبه خاصه فلا إشكال و لا خلاف في الصحه إذ لم يكن حينئذ معلقا على شرط و لا على دبر حياه غير المولى، بل هو بمنزله التدبير، كل منهما نصيبه بصيغه تخصه و حينئذ ف ينعتق بموتهما دفعه إن خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه لما تسمعه من أن ذلك حكم التدبير أو أجاز الوارث و لو خرج نصيب أحدهما خاصه من ثلثه تحرر و بقي نصيب الآخر كله أو بعضه رقا على حسب ما يخرج من ثلثه إن لم يجز الوارث.

و لو مات أحدهما تحرر نصيبه من ثلثه و بقي نصيب الآخر رقا حتى يموت و الكسب المتخلل بين الموتين مشترك بين المدبر و المالك الحي بنسبه الملك، كما أنه بين الورثه و المالك الحي لو أجزناه تدبيرا معلقا على وفاته و وفاه شريكه لو فرض موت أحدهما قبل الآخر، و كذا لو أجزناه عتقا معلقا على ذلك لا تدبيرا، ضروره عدم حصول الحريه قبل موتهما معا، فيبقى على الرقيه و كسبه للوارث.

نعم في المسالك ليس له التصرف فيه بما يزيل الملك لا غيره كالاستخدام و الإجاره، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك، و فيه نظر، نعم في جواز نقله عن الملك لو جعلناه تدبيرا نظرهما عرفت، و من جواز الرجوع في التدبير، و هذا من أفراده، بل عن الإرشاد الجزم بعدم جوازه على هذا التقدير، و لعله لعدم ثبوت جواز الرجوع للوارث الذي هو غير المدبر، و دعوى كونه من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب التدبير الحديث ۱ و ۲.

یمکن منعها، إذ لعله نحو جواز الرجوع بالهبه للواهب و نحوه من الأحکام التی لا تنتقل إلی الوارث.

[یشترط فی الصیغه المذکوره شرطان]

[الشرط الأول النیه]

و کیف کان ف یشترط فی الصیغه المذکوره شرطان:

الأول:

النیه التی هی شرط فی غیرها أیضا من صیغ العقود و الإیقاعات من غیر خلاف فیه و لا إشکال نصا و فتوی، بل الإجماع بقسمیه علیه. فلا حکم حینئذ لعباره الساهی و لا الغالط و لا السکران و لا المحرج الذی لا قصد له بسبب إکراهه و إلجائه إلی التدبیر علی وجه یرتفع قصده لفظا و معنی أو معنی لا لفظا علی حسب ما عرفته من المکره فی کتاب الطلاق.

و فی اشتراط نیه القربه تردد و خلاف ینشأ من کون التدبیر وصیه أو عتقا أو من التردد فی اعتبارها فی العتق و الوجه عند الشیخ و المصنف و جماعه ممن تبعهما أنه غیر مشترط لإطلاق الأدله، و لما ستعرف من کونه وصیه لا عتقا، و لا خلاف فی عدم اعتبارها فیها.

لکن قد یناقش بما ستعرف من کون المراد بکونه وصیه أنها بمنزلتها فی جواز الرجوع و الإخراج من الثلث و غیر ذلک، و إلا فلا ریب فی أنه عتق لکنه غیر منجز ثبتت مشروعیته، فیشمله حینئذ

ما دل (۱) علی أنه «لا عتق إلا ما أرید به وجه الله تعالی»

و غیره من الأدله التی سمعتها علی اعتبار القربه فی العتق، مضافا إلی الإجماع المحکی عن المرتضی علی ذلک و علی عدم جواز تدبیر الکافر، بل و إلی

الصحیح (۲)

«إن کان علی مولی العبد دین فدبره فرارا من الدین فلا تدبیر له، و إن کان فی صحه و سلامه منه- أی الدین کما عن جماعه- فلا سبیل للدیان»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب التدبیر الحدیث ۱.

أی الـدین الـذی حصل بعد التدبیر، بناء علی أن الوجه فی فساد التدبیر فی الأول فقد شـرط نیه القربه، و إن کان فیه ما فیه، لکن الأول کاف فی الـدلاله علی الاشتراط، و لا یعارضه الإطلاق المقید بما سـمعت، بل قد عرفت أنه لیس إلا إطلاق العتق الذی قد سمعت اعتبار نیه القربه فیه، بل قیل: إنه لا إطلاق هنا سوی أخبار وارده (۱)

فی غیر حکم المسأله، و لعله لذا کان خیره المرتضی و الحلی و الفاضل فی ظاهر المختلف اشتراطها، و هو الأقوی و الله العالم.

[الشرط الثانی تجریدها عن الشرط]

الشرط الثانی:

تجریدها عن الشـرط و الصـفه فی قول مشهور للأصحاب بل عن ظاهر الخلاف و المبسوط و السرائر الإجماع علیه، مضافا إلی ما سمعته مکررا مما یـدل علی اعتبار التنجیز فی کل عقد و إیقاع، و منه الإجماع المحکی علی ذلک إلا ما خرج، بل قد عرفت أن التـدبیر قسم من العتق الـذی قـد عرفت اعتبار التنجیز فیه، نعم ثبتت مشـروعیه التعلیق فیه علی وجه خاص لا یتعـدی منه إلی غیره بعد حرمه القیاس عندنا.

و حینئـذ فلو قال: إن قـدم المسافر فأنت حر بعـد وفاتی أو إذا أهل شـهر رمضان مثلا لم ینعقد، و کذا لو قال: بعد وفاتی بسـنه أو أشـهر أو یوم. و کـذا لو قال: إن أدیت إلی أو إلی ولدی کذا فأنت حر بعد وفاتی لم یکن تدبیرا و لا کتابه فما عن أبی علی من جواز تعلیقه علی شـرط أو صفه مبنی علی مذهبه فی القیاس، قال: «و لو جعل له العتق بعد وقت من موت سیده کان ذلک وصیه بعتقه فی معنی التـدبیر» و هو کما تری أیضا، نعم لو قال: «أعتقه بعـد کذا من موتی» صح إذ لیس حینئذ عتقا و لا تدبیرا معلقا، و المسأله بحمد الله من الواضحات و إن وسوس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱ و غیره- من أبواب التدبیر.

فيها صاحب المسالك لوسوسته فى أصل اعتبار التنجيز فى العقد و الإيقاع، بل جعل قول المصنف هنا على قول مشهور مشعرا بذلك، و ليس كذلك، فان المصنف لا إشكال عنده فى اعتبار التنجيز فى سائر العقود و الإيقاعات، و الله العالم.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال نصا (۱)

و فتوى فى أن المدبره مثلا رق بل الإجماع بقسميه عليه، و حينئذ ف له وطؤها و التصرف فيها بوطء و استخدام و غيرهما و إن حملت منه لم يبطل التدبير خلافا للشافعى فأبطله بالاستيلاد، لكونه أقوى، نعم تكون مستحقه للعتق بسببين مع فرض بقاء ولدها بعد موت سيدها.

و حينئذ ف لو مات مولاها عتقت بوفاته من الثلث قيل: لأنه السبب السابق و إن عجز الثلث عن بعضها عتق ما بقى منها من نصيب الولد و لو فرض عجزه عتق منها نصيبه و استسعت فى الباقى كما ستعرفه فى حكم أم الولد، ففى

صحيح أبى مريم (۲) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها فقال: أى ذلك شاء فعل»

و فى خبر إسماعيل بن مرار عن يونس (۳)

«فى المدبر و المدبره يباعان يبيعهما صاحبهما فى حياته فإذا مات فقد عتقا، لأن التدبير عده و ليس بشى ء واجب، فإذا مات كان المدبر من ثلثه الذى يتركه و فرجها حلال لمولاها الذى دبرها و للمشترى الذى اشتراها منه قبل موته»

و هو إن كان من كلام يونس كما هو الظاهر دال على معلوميه الحكم فى ذلك الزمان، و إلا كان خبرا مؤكدا لما سمعته من خبر أبى مريم، إلا أن مقتضى ما سمعته سابقا- من تعليل إجراء حكم المدبره أولا بالسبق- أنه لو انعكس الأمر جرى عليها حكم أم الولد أولا، فتعتق من نصيب ولدها، فان عجز فمن ثلثه، لكن لا يخفى عليك ما فيه من الاشكال، و ربما تسمع تحقيقه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱ و ۳- من أبواب التدبير.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبير الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب التدبير الحديث ۲.

فیما یأتی إنشاء الله.

و کیف کان ف لو حملت المدبره بمملوک لمولاها سواء کان من عقد أو زنا أو شبهه کان مدبرا کأمه بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، نعم ربما توهم الإشکال فی الزنا مع علمها بالتحریم، لانتفائه عنها شرعا، و فیه- مع أن جانب المالیه و الحیوانیه غالب فی الأمه و لذا کان ولدها من الزنا لمولاها دون مولی الزنا- أن الموجود فی النصوص «فما ولدت فهو بمنزلتها» و لا ریب فی صدق أنها ولدته و إن کان من زنا.

ففی

صحیح (۱) یزید عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن جاریه أعتقت عن دبر من سیدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها، و هم من ثلثه، و إن کانوا أفضل من الثلث استسعوا فی النقصان»

إلی آخره و رواه

الصدوق مرسلا (۲) و زاد «لأن الحمل حدث بعد التدبیر».

و فی

خبر أبی البختری المروی عن قرب الاسناد (۳) عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیهم السلام قال: «ما ولدت الضعیفه المعتقه عن دبر بعد التدبیر فهو بمنزلتها یرقون برقها و یعتقون بعتقها، و ما ولد قبل ذلک فهو ممالیک، لا یرقون برقها و لا یعتقون بعتقها»

إلی غیر ذلک من النصوص (۴)

الشامله لولد الزنا و غیره التی لا یعارضها

خبر علی بن جعفر (۵) المروی عن قرب الاسناد و کتاب المسائل له قال: «سألته عن رجل قال إذا مت فجاریتی فلانه حره، فعاش حتی ولدت الجاریه أولادا ثم مات ما حالها؟ قال: عتقت الجاریه، و أولادها ممالیک»

بعد شذوذه و الاعراض عنه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبیر الحدیث ۴.

۲- ۲ أشار إلیه فی الوسائل فی الباب- ۵- من أبواب التدبیر الحدیث ۲ و ذکره فی الفقیه ج ۳ ص ۷۱ الرقم ۲۴۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبیر الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۶.

و على كل حال ففى التعليل المزبور فى خبر يزيد إشعار بأن سرايه التدبير للحمل من حيث كونه نماء المدبره الذى لا فرق فيه بين كونه من الزنا و غيره كالملك، لا من حيث كونه ولدا لها حتى يتبع الولد الشرعى، كما هو واضح.

و من هنا لو رجع المولى فى تدبيرها لم يكن له الرجوع فى تدبير ولدها كما عن النهايه و الخلاف و المبسوط و القاضى و ابن حمزه و الجامع و النافع، بل فى الكفايه نسبته إلى الأكثر، بل عن الخلاف و كنز العرفان عليه إجماع الفرقه، و ذلك لأن الرجوع فسخ لما حصل بصيغه التدبير لا لما كان تدبره بالنماء الذى لا يقبل الفسخ، و لذا كان الفسخ بالخيار لا يقتضى الفسخ فى النماء المتخلل، بل يبقى للمشترى و إن ردت العين للبائع، و إلى ذلك يرجع ما فى الدروس و التنقيح و غيرهما من الفرق بين تدبير الأم الذى هو بفعل المالك فجاز له الرجوع و بين تدبير الولد الذى هو بالسرايه فلا اختيار له فيه، قال فى الدروس: «و لو حملت بعد التدبير بمملوك فهو مدبر قسرا، فلا يصح الرجوع فى تدبيره و إن رجع فى تدبيرها، و نقل الشيخ فيه الإجماع، و جوزه الحليون، لأن الفرع لا يزيد على أصله» و الله العالم.

و لكن مع ذلك قيل و القائل ابن إدريس و جماعه بل نسب إلى أكثر المتأخرين له الرجوع فيه أيضا، لإطلاق ما دل (۱)

على جواز الرجوع فى التدبير، و لأنه فرع تدبرها، فلا يزيد على أصله، و لا طلاق التشبيه بتدبرها، بل قد سمعت ما فى خبر أبى البخترى (۲)

من التصريح بأنهم يرقون برقها و يعتقون بعتقها.

و فيه- بعد تسليم شمول الإطلاق حتى إطلاق المنزله و حتى خبر أبى البخترى- أنه يجب الخروج عنه بما عرفت، كقاعده عدم زياده الفرع عن الأصل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب التدبير.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۵.

لو سلم کونها قاعده شرعیه.

علی أن الأول مروی فی

صحیح أبان بن تغلب (۱) قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل دبر مملوکته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترک أولاده منها، فقال: أولاده منها کهیئتها، إذا مات الذی دبر أمهم فهم أحرار، قلت له: یجوز للذی دبر أمهم أن یرد فی تدبیره إذا احتاج، قال: نعم، قلت: أ رأیت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقی أولادها من الزوج الحر أ یجوز لسیدها أن یبیع أولادها و یرجع علیهم فی التدبیر؟ قال: إنما کان له أن یرجع فی تدبیر أمهم إذا احتاج، و رضیت هی بذلک».

و المناقشه فیه- بتضمنه ما لا یقول به المشهور من رقیه ولد الحر، و توقف الرجوع فی تدبیر الام علی رضاها و الاحتیاج، فلا مکافئه له للعمومات حتی یخصصها، و الذب عنه بالتقیید بصوره اشتراط رقیه الولد، و بالحمل علی الاستحباب لا یدفع هذا الوهن الموجب لعدم التکافؤ، مع عدم تمامیه الذب عن الأول بما مر فی کتاب النکاح من عدم إفاده الاشتراط الرقیه، و لا یجبر هذا الوهن الشهره المحکیه، لکونها بالشهره المتأخره معارضه، و لا حکایه الإجماع المتقدمه، لأنها بشهره الخلاف المتأخرین موهونه، مضافا إلی نسبه الحلی جواز الرجوع إلی مقتضی مذهب الإمامیه، و فی دعوی (۲) الفرق بین تدبیر الام و تدبیر الولد المذکوره بأن غایته علی تقدیر تسلمه نفی الأولویه، و هو لا یستلزم نفی الحجیه علی جواز الرجعه بالکلیه، فإن العمومات لما عرفت بعد بحالها باقیه- مدفوعه بأن الصحیح قد تعرض لحکم المدبره و ولدها، و صرح فیه باختصاص جواز الرجوع فی تدبیر الام دون الولد، فلا مدخلیه لمفروض السؤال، علی أنک قد عرفت فی کتاب النکاح صحه القول بحصول الرقیه بالشرط بما لا مزید علیه، بل یمکن الاستدلال علیه بهذا الصحیح

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب التدبیر الحدیث ۱.

۲- ۲ عطف علی الضمیر فی قوله: «و المناقشه فیه».

أيضا، و تضمنه للاحتياج و الرضا كما فى كثير من النصوص (۱)

غير قادح بعد حمله على الندب، و الشهره المتأخره غير محققه، لأن المصنف و الشهيد فى الدروس و غيرهما ممن تأخر عنهما قالوا بعدم جواز الرجوع، فلا توهن الشهره المتقدمه، فضلا عن الإجماعين المزبورين، و ابن إدريس تخيل انحصار الدليل فى الصحيح الذى لا يعمل به على أصله، و أن العمومات شامله للمقام، فقال: «إن مقتضى مذهب الإماميه جواز الرجوع» و قد عرفت عدم شمولها، و على تقديره فهى مخصصه بما عرفت على أصولنا.

و أما المناقشه فى الفرق المزبور بما سمعت فهى واضحه الضعف بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و أما خبر أبى البخترى (۲)

فهو- مع ضعفه و عدم روايته فى الكتب الأربعه و كونه مطلقا أيضا لاحتمال إراده رقهم برقها إلى آخره من حيث سعه الثلث و عدمها، فيقيد حينئذ بما عرفت- ظاهر فى التلازم بين الرجوع بالأم و الرجوع بالأولاد مع أن الخصم لا يقول به، بل لا تقتضيه القواعد أيضا، ضروره، حصول وصف التدبير فيهم بتدبير الام فلا يزول بزواله فيها من حينه و إن صرح ابن الجنيد باقتضاء الرجوع بها الرجوع بهم، و استجوده فى المختلف، و من ذلك يعلم الحال فى التشبيه الذى يمكن دعوى ظهوره فى إراده حصول وصف التدبير، و حينئذ فلا محيص عن كون الأقوى عدم جواز الرجوع.

و كذا الكلام فى المدبر إذا أتى بولد مملوك لمولاه لكونه من أمته مدبره أو لا أو من غيرها مع اشتراط الرقيه، فهو مدبر كأبيه ضروره عدم الفرق بين المدبر و المدبره فى جميع ما ذكرناه، و فى

صحيح يزيد بن معاويه (۳)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب التدبير.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۵.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب التدبير الحديث ۱.

عن أبى جعفر علیه السلام «فی رجل دبر مملوکا له تاجرا موسرا فاشتری المدبر جاریه فمات قبل سیده، فقال: أری أن جمیع ما ترک المدبر من مال أو متاع فهو للذی دبره، و أری أن أم ولده للذی دبره، و أری أن ولده مدبرون کهیئه أبیهم، فإذا مات الذی دبر أباهم فهم أحرار»

بل ربما کان فیه تأیید للمختار فی الجمله باعتبار عدم بطلان تدبیرهم ببطلان تدبیره بالموت.

بقی الکلام فی شی ء، و هو أنه لا کلام فی أن الأولاد یخرجون من الثلث أیضا لکن مقتضی ما تسمعه فیما یأتی أن التدبیر کالوصیه فی الخروج من الثلث، و أن الخارج الأول فالأول، و حینئذ یخرج الأم أولا ثم الأولاد مترتبین، و من لم یسعه الثلث و لا بعضه یبقی رقا و لا استسعاء، إلا أنه قد سمعت إطلاق استسعائهم فی النقصان فی خبر یزید (۱)

بل لعله ظاهر فی توزیع الثلث بینهم، فیتحرر منهم شی ء و یستسعون فی الباقی، و هو مخالف لما سمعت، و قد تعرض لذلک المصنف فی النافع، فأفتی بمضمون الخبر المزبور.

و فی الریاض فی شرح ذلک «لأنه من لوازم التدبیر کما سیأتی» و هو کما تری، اللهم إلا أن یفرق بین التدبیر القهری و الاختیاری.

و کذا الفاضل فی القواعد، قال: «و لو حملت بعد التدبیر فان خرجت هی و الأولاد من الثلث عتقوا، و إلا قسط علیهما، فیعتق من کل واحد قدر ما یحتمله الثلث من جمیعهم، و سعی فی قسطه من الزیاده، لأنهم جمیعا بمنزله عبد واحد لم یحتمله الثلث» و هو صریح فی أنه لا یقدم عتق الام فضلا عن غیرها من الأولاد و حینئذ فان لم یفضل من الثلث شی ء لم یعتق منها و لا من الأولاد شی ء، و إن فضل عتق منهم بالنسبه، و لعله لأن النص (۲)

و الفتوی إنما دلا علی مساواه الأولاد لها فی التدبیر، لکن فی کشف اللثام «ربما یوهم خبر یزید و عباره النهایه و السرائر تقدیم الأم أولا فتأمل جیدا».

و لو دبرها ثم رجع فی تدبیرها فأتت بولد لسته أشهر فصاعدا من حین

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبیر الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبیر.

رجوعه و لم يتجاوز أقصى مده الحمل لم يكن مدبرا لاحتمال تجدده كما هو مقتضى أصل عدم تقدمه، من غير فرق بين كونها فراشا و عدمه، لقيام احتمال الشبهه الذى لا ينافى حال المسلم، على أن الحكم بتدبره مشروط بعلوقها به مدبره و لم يتحقق، و الأصل بقاؤه على الملك و الحكم شرعا بلحوقه به أولا من حيث النسب لا يقتضى تحقق شرط التدبير.

نعم لو كان قد أتت به تاما لدون السته أشهر من حين الرجوع كان مدبرا بلا إشكال لتحقق الحمل بعد التدبير حينئذ كما لا إشكال فى انتفاء تدبيره لو ولدته بعد تجاوز أقصى الحمل من حين التدبير، كما هو واضح.

و لو دبرها حاملا قيل و القائل الإسكافى و الشيخ فى النهايه و ابنا البراج و حمزه إن علم بالحمل فهو مدبر، و إلا فهو رق، و هى روايه الوشاء (۱)

عن الرضا عليه السلام فى الحسن أو الصحيح «سألته عن رجل دبر جاريه و هى حبلى فقال: إن كان علم بحبل الجاريه فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رق»

بل فى المسالك عمل بمضمونها كثير من المتقدمين و المتأخرين و نسبوها إلى الصحه، و الحق أنها من الحسن، و أن صحتها إضافيه، بل فى الدروس نسبته إلى المشهور، و لعله لذا نسب القول المزبور فى المفاتيح إلى الأكثر و إلا فلم نتحققه، بل لم نتحقق ما فى المسالك فضلا عنه و عما فى الدروس.

و قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و ابن إدريس و غيرهما بل المشهور لا يكون مدبرا، لأنه لم يقصد التدبير، و هو أشبه (۱۱) بأصول المذهب و قواعده المؤيده ب

موثقه عثمان بن عيسى (۲) الذى أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه عن الكاظم عليه السلام «سألته عن امرأه دبرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه نفيسه فلم تدر المرأه المولوده مدبره أو غير مدبره؟ فقال لى: متى كان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب التدبير الحديث ۲.

الحمل للمـدبره؟ أقبل أن دبرت أو بعـد ما دبرت؟ فقلت: لست أدری، و لکن أجبنی فیهما جمیعا، فقال إن کانت المرأه دبرت و بها حبل و لم تذکر ما فی بطنها فالجاریه مدبره و الولد رق، و إن کان إنما حدث الحمل بعد التدبیر فالولد مدبر فی تدبیر امه»

و ما عن المبسوط من نسبته فی موضع إلی روایه أصحابنا و فی آخر منه إلینا، و ما عن السرائر من نسبته إلی مقتضی مذهبنا و بما سمعته غیر مره من أن التصـرف فی الأم الحاصل ببیع أو غیره لا یقتضـی ترتب أثر ذلک التصـرف علی الحمل الذی هو موضوع آخر، و یصح تدبیر کل منهما بدون الآخر.

و دعوی کونه جزء منهـا واضـحه المنع، بعـد الإجمـاع هنـا علی عـدم لحوق حکم الجزئیه فی صوره عـدم العلم بالحمـل، خلافـا للعـامه، فحکموا بالـدخول مطلقـا، و ما فی المسالک و غیرها من حکایه قول بالسـرایه مطلقا مع عـدم نسـبته إلی القائل منا معلوم یمکن إراده مـا عنـد العامه به، و أما القاضـی منا فقـد حکی عنه فی المختلف أولا موافقه النهایه و إن کانت عبارته المحکیه فیه تقتضی الإطلاق، لکن علی کل حال خلافه لا یقدح بالإجماع.

و بـذلک و غیره یظهر لـک عـدم مکـافئه الحسـنه المزبوره للموثق من وجوه، فلاـ وجه لتقییـده بها، خصوصا بعـد إمکان الجمع بینهما بما عساه ینساق إلی الـذهن من التفصـیل بین حالی العلم و عـدمه من إراده تـدبیر الحمل مع امه فی صوره العلم به و عدم استثنائه بخلاف حال عدمه، بل لو لا ذلک لخلا الحکم المزبور عن السبب و الحکمه، و کونه تعبدا محضا بعید جدا.

[المقصد الثانی فی المباشر]

المقصد الثانی فی المباشر و لا یصح التدبیر إلا من بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک إلا فی خصوص البالغ عشر سنین من الأول الذی تسمع الکلام فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی الأدله الخاصه و العامه، خصوصا بعد ما عرفت من کونه عتقا فیعتبر فیه ما اعتبر فیه.

و حینئذ فلو دبر الصبی لم یقع تدبیره لسلب عبارته کما فی غیره من أفراد العقد و الإیقاع نعم روی (۱) إن کان ممیزا له عشر سنین صح وصیته و عتقه، و تدبیره لا یخلو من أحدهما، بل عن الشیخ فی الخلاف الإجماع علیه، لکن قد عرفت الحال فیها بالنسبه إلی العتق، مضافا إلی عدم انسیاق ما یشمل التدبیر من العتق فیها، أما الوصیه فقد تقدم فی کتاب الوصیه جوازها منه بالمعروف، لکن التدبیر لیس وصیه قطعا، و إنما هو بمنزلتها فی الخروج من الثلث و نحوه، لا فی الاندراج فی مفهومها بحیث یشمله لفظ «من أوصی» و لا عموم منزله یوثق به علی وجه یتناول ذلک. و من هنا جزم المصنف بصحه وصیته و تردد فی عتقه للروایه (۲)

و جزم بعدم صحه التدبیر.

فما فی المسالک- «من إشکاله بأنه لا وجه للجزم بالعدم هنا مع أن التدبیر راجع إلیهما قال: «و کذلک صنع العلامه فی الإرشاد فی الوصیه و التدبیر، و رجوعه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۴- من کتاب الوصایا الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۴- من کتاب الوصایا الحدیث ۴.

إلى الرجوع أولى من تكلف الفرق بما لا يجدى»- لا يخلو من نظر، ضروره كون الوجه ما عرفت. و لذا ستسمع قول المصنف: «إنه بصفه الوصيه يجوز فيه الرجوع» و هو كالصريح فى عدم اندراجه فى مفهومها، بل و عدم عموم تنزيله منزلتها، نعم هو من أفراد العتق الذى تردد فيه، و لعل قوله: «و روى» مشعر بتردد فيه فى الجمله أيضا إلا أنه لما كان سلب عبارته معلوما اقتصر فى الخروج فيها على المتيقن المنساق، و هو العتق المنجز.

و بذلك اتضح الوجه فى شهره الأصحاب على جواز وصيته و عدم جواز تدبيره، و على أن التدبير وصيه أى كالوصيه فى بعض أحكامه، و أنه ليس ذلك منهم رجوعا، كما هو واضح.

و على كل حال ف لا يصح تدبير المجنون و لا المكره و لا السكران و لا الساهى و لا الغالط و لا غيرهم ممن قد عرفت سابقا عدم الصحه فيهم، لاعتبار القصد المفروض عدمه فيهم، بل كان الشرط المتقدم سابقا مغنيا عن ذلك.

و لا من المحجور عليه لسفه خلافا لما عن الشيخ من جوازه فى الأخير، لكونه تصرفا بعد الموت الذى يرتفع معه حكم السفه، بل عن التحرير أنه استشكله، لكنه كما ترى، و إلا لصح وصيه السفيه بثلثه، و هو معلوم البطلان، على أن التدبير عتق منه حال سفهه و إن تأخر أثره إلى ما بعد الوفاه، كما هو واضح.

و أما الفلس فستسمع الكلام فيه فيما يأتى إنشاء الله تعالى.

و هل يصح التدبير من الكافر؟ الأشبه عند المصنف و من تبعه نعم حربيا كان أو ذميا لإطلاق الأدله، و كونه بمنزله الوصيه التى لا يعتبر فيها النيه.

بل فى المسالك «بنى الخلاف على أن التدبير وصيه أو عتق، فعلى الأول يصح من الكافر مطلقا، لعدم اشتراط نيه القربه، و على الثانى يبنى على اشتراطها

فی العتق و عدمه، و علی أن المراد بها قصد التقرب سواء حصل أم لا، فعلی الأول لا یصح تدبیر الکافر مطلقا، و هو خیره ابن إدریس مصرحا بأنه عتق، و علی الثانی یصح، و علی الثالث یصح ممن أقر بالله تعالی کالکتابی دون غیره- إلی أن قال-:

و الأصح صحه التدبیر فیه مطلقا».

و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما قدمناه هنا و فی الکفاره و فی العتق، و مقتضاه عدم جوازه من الکافر مطلقا، لأنه قسم من العتق الذی قد عرفت اشتراط القربه فیه الممتنع وقوعها من الکافر بل و من المخالف، فلا صحه لشی ء من عباداتهم قطعا، کما حررناه غیر مره، فلاحظ و تأمل. و علی کل حال فلا مدخلیه للحربی و الذمی فی الحکم المزبور، خصوصا بعد شمول الحربی للکتابی الذی لا یلتزم أحکام الذمه، و الله العالم.

و لو دبر المسلم فارتد لم یبطل تدبیره بلا خلاف أجده فیه، للأصل و عدم خروج ماله عن ملکه بارتداده. و حینئذ ف لو مات فی حال ردته عتق المدبر من ثلثه، لإطلاق الأدله هذا إذا کان ارتداده لا عن فطره.

و لو کان عن فطره لم ینعتق المدبر بوفاه المولی لخروج ملکه عنه بالارتداد عنها، فلم یحصل شرط الصحه الذی هو الاستمرار علی الملک إلی الموت حتی یعتق عنه، لأنه لا عتق إلا فی ملک. و لکن فیه تردد من ذلک و مما فی المسالک و غیرها من سبق حق المدبر علی حق الوارث، فلا ینتقل إلیه خصوصا عند من منع من بیع المدبر، فإذا مات السید انعتق ثلثه لا غیر، إذ لا مال له سواه، ثم قال: «و هل یعجل للوارث الثلثان؟ یحتمله، لعدم فائده فی حبسه عنهم إن لم نقل بقبول توبته، و إلا فالفائده محتمله بتجدد مال آخر له علی تقدیر التوبه» و فی المبسوط أطلق القول ببقاء التدبیر مع الارتداد، و الأشهر التفصیل و إن کان ما ذکره الشیخ متجها لأمر نذکره فی أحکام المرتد إنشاء الله،

و ربما قیل بانعتاقه بالارتداد عن فطره تنزیلا له منزله الموت، و هو بعید.

قلت: لعل جعل ذلک وجها للتردد أولی من الأول المنافی للنص (۱)

و الإجماع علی زوال ملکه عنه بالارتداد و إن قلنا بقبول توبته، و الفرض أنه مال قابل للانتقال، بل بقاؤه أو الثلث منه ملکا له مستلزم لملک الکسب الحاصل منه، و لغیر ذلک مما لا یلتزم، و سبق حق التدبیر بعد فرض انتفاء شرط الصحه قبل الموت غیر مجد، و دعوی منع الشرط المزبور- فینتقل إلی الوارث، لعدم اشتراط العتق عنه بملکیته، کما سمعته فی «أعتق عبدی عنک»- منافیه لما هو کالمسلم عندهم، بل ظاهرهم المفروغیه عنه و إن تقدم فی کتاب البیع احتمال صحه بیعه مدبرا نحو بیعه جانیا، إلا أن کلامهم صریح فی خلافه، کما هو واضح. و لم ندر الأمر الذی یذکره فی حکم المرتد بحیث یقتضی بقاء صحه تدبیره، و الله العالم.

و لو ارتد لا عن فطره ثم دبر صح بناء علی عدم اعتبار القربه فیه، لإطلاق الأدله و عدم خروج ماله عن ملکه بالارتداد المزبور، لکن مع ذلک قال المصنف علی تردد و لا وجه له بعد الجزم بصحته من الکافر المبنی علی عدم اشتراط القربه، و من هنا جزم بالصحه فی القواعد علی تقدیر عدم الاشتراط، إلا أنه قال:

فان تاب نفذ و إلا فلا، و ظاهره أن الصحه مراعاه بذلک، و فی کشف اللثام تبعا للدروس و للصیمری تعلیل عدم النفوذ مع عدم التوبه بالحجر و إن کان لم یتضح لنا الان الوجه فی شی ء من ذلک، لکن سهل الخطب عندنا عدم صحته عندنا، لما عرفت من اشتراط نیه القربه فیه، و هی متعذره من الکافر من غیر فرق بین المرتد و غیره، و لعل وجه التردد حینئذ ذلک، علی معنی أنه یصح جزما لعدم ثبوت الحجر علیه، و یحتمل الصحه مراعاه أو علی معنی أنه یصح، و لکن قد تردد فیها لکونه محجورا علیه کالسفیه علی وجه لا یصح التصرف منه و إن لحقته التوبه التی تفک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب حد المرتد الحدیث ۲ و ۳ و ۷ من أبواب الحدود.

الحجر عنه حين حصولها لا فيما تقدم، بل حكى فى شرح ترددات الكتاب عن المبسوط الحكم بالبطلان للحجر، و الله العالم.

و لو كـان ارتـداده عن فطره ثم دبر لم يصـح لخروج المـال عن ملكه بارتـداده، و لاشتراط نيه القربه فيه و لكن أطلق الشـيخ فى المحكى عن المبسوط الجواز، و فيه إشـكال ينشـأ من زوال ملك المرتـد عن فطره نعم لو فرض تجـدد ملك له بعـد الرده و قلنا بأنه يملك معها و إن زال الأول صح إطلاقه حينئذ بناء على عدم اشتراط نيه التقرب لكن ذلك كله شك فى شك.

و التحقيق عدم الصحه من المرتد مطلقا لما عرفت.

و فى المسالـك «إطلاق الشـيخ الجواز يـدل على منع انتقال المال عنه، و هو قول ابن الجنيـد، و لم يفرق بين الملى و الفطرى، و اسـتفاده الفرق بينهما و إثبات الأحكام المشـهوره من النصوص مشـكل، و سيأتى البحث فيه» قلت: لا إشكال فيه كما حررناه فى محله.

و لو ارتد المملوك لم يبطل تدبيره بلا خلاف كما عن الخلاف، للأصل إلا أنه قيده بالارتداد الذى يستتاب فيه، و تبعه القاضى، و لعله لبطلان تـدبير غيره كمـا أنه يبطـل تـدبير الأـول لو التحق بـدار الحرب عنـدنا كما عن المبسوط، لأنه إباق و زياده، خلافا للشافعى. و لو مات قبل التحاقه عتق، و الله العالم.

و لو دبر الكافر كافرا فأسـلم بيع عليه سواء رجع فى تدبيره أو لم يرجع لأنه على كل حال باق على ملكه، و مسـتحق لاسـتخدامه، فهو سبيـل له عليه، و علو منه عليه، و قـد تقـدم فى كتـاب التجاره (۱) أن مثله يبـاع على مـالكه قهرا، فمـا عن ابن البراج- من أنه يتخير بين الرجوع فى التدبير، فيباع عليه و بين الحيلوله بينه و بينه و كسـبه للمولى، و بين استسـعائه، و حينئذ فينفق عليه من كسبه فان فضل منه شى ء فهو للمولى- لم أقف له على دليل.

۱- ۱ راجع ج ۲۴ ص ۱۴۹.

و على كـل حـال ف لـو مـات السـيد قبـل بيعه عليه و قبـل الرجـوع فى التـدبير تحرر من ثلثه للإطلاق و لـو عجز الثلث تحرر ما يحتمله، و كان الباقى للوارث، فان كان مسـلما استقر ملكه و إن كان كافرا بيع عليه بلا إشكال فى شى ء من ذلك و يصح تدبير الأخرس عنـدنا بالإشاره المفهمه القائمه مقام اللفظ كباقى تصـرفاته. و كـذا رجوعه الـذى هو منها من غير فرق بين الذاتى منه و العرضى.

و لو دبر صـحيحا ثم خرس و رجع بالإشـاره المعلومه صـح لاتحاد المـدرك فى الجميع، هـذا و فى المسالك نبه بقوله: «و كـذا رجوعه على خلاف بعض العامه، حيث منع من رجوعه بالإشاره و إن جوز تـدبيره بها بناء على أن الرجوع لا يصـح عنـده بالقول بل بالفعل، و غايه إشارته أن تقوم مقام القول، فلا يزيد الفرع على أصله» قلت: هو ليس حينئذ خلافا فيما نحن فيه، و الأمر سهل، و الله العالم.

[المقصد الثالث فی الأحكام]

[مسائل]

[المسأله الأولی التدبیر بصفه الوصیه یجوز الرجوع فیه قولا]

المقصد الثالث فی الاحکام

و هی مسائل:

الأولی:

التدبیر بصفه الوصیه فی الرجوع و فی الخروج من الثلث و غیرهما من الأحكام التی ستعرفها، لا أنه وصیه حقیقه وفاقا للمحكی عن المقنع و المقنعه و الخلاف و النهایه و السرائر و الغنیه و الوسیله و الجامع و غیرها، لصحه السلب، و لخروجه عن المعروف فی تعریفها الذی مر فی محله، و لعدم الاحتیاج فی تحریره إلی صیغه أخری، إذ لم یثبت مشروعیه إنشاء التحریر بها، كما ثبت إنشاء التملیك بها، و ل

قول الصادق علیه السلام فی صحیح هشام (۱)

«هو مملوكه بمنزله الوصیه»

و فی

صحیح معاویه بن عمار (۲)

«هو بمنزله الوصیه یرجع فیما شاء منها»

و فی خبر أبی بصیر (۳)

«المدبر مملوك، و لمولاه أن یرجع فی تدبیره- إلی أن قال- و هو من الثلث إنما هو بمنزله رجل أوصی بوصیه ثم بدا له بعد فغیرها من قبل موته».

و لا ینافی ذلك

الموثق (۴) عنه علیه السلام «سألته عن المدبر أ هو من الثلث؟ قال: نعم،

١- ١ الوسائل- الباب- ١٩- من كتاب الوصايا الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٩- من كتاب الوصايا الحديث ۴.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب التدبير الحديث ٣.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب التدبير الحديث ٢.

و للموصی أن يرجع فی وصيته فی صحه أو مرض»

ضروره إمكان ترتب ذلك علی كونه بمنزلتها، كما هو واضح.

بل هو نحو

صحيح محمد بن مسلم (۱)عن أحدهما عليهما السلام «المدبر من الثلث، و للرجل أن يرجع فی ثلثه إن كان أوصی فی صحه أو مرض»

بل يمكن إرجاع ما فی النافع و محكی المبسوط من أن التدبير وصيه إلی إراده ما عند المشهور من كونه كالوصيه، خصوصا بعد قوله فی الأول متصلا: «يرجع فيه المولی إن شاء» المشعر بكونه كالوصيه فی ذلك، و خصوصا بعد ما حكی من ظهور الإجماع فی المبسوط علی ذلك، إذ قد عرفت أن الإجماع لظن كونه بصفتها لا أنه منها حقيقه، إذ لم نعثر علی من سبقه إلی ذلك، و جواز الرجوع فيه و خروجه من الثلث لا يقتضی كونه منها حقيقه، و إنما هما الوجه فی تنزيله منزلتها و تشبيهه بها.

إنما الكلام فی إطلاق تنزيله منزلتها علی وجه يرجع إليه فی غير ما نص عليه من أحكامها، و اختصاصه بما ورد منها دون غيره، فيبقی علی ما تقتضيه الأصول و القواعد فی العتق المعلق، وجهان أقواهما الثانی كما اعترف به فی المسالك، لعدم إطلاق يوثق بإراده حكم الإطلاق منه فی النصوص بل و الفتاوی.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما فی الرياض من أن «ثمره الخلاف هينه، لعدم ظهورها إلا فی النذر و ما شاكله، فيتحقق الامتثال بالتدبير لو التزم وصيه علی ما فی العباره و الموثقه (۲)

و علی المختار لا بد من وصيه اخری».

بل هو من غرائب الكلام، خصوصا بعد قوله فی المسالك بعد ذكره القول بأنه عتق مشروط أو وصيه «و هما أصل كثير فی تفريع مسائل الباب» و خصوصا بعد ما سمعت من ابتناء جمله من الفروع عليه، بل يكفی فی الثمره أنه يعتبر فيه ما يعتبر فی العتق من القربه و الصيغه الخاصه و نحوها، بناء علی أنه منه حقيقه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب التدبير الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب التدبير الحديث ۲.

و إن كـان كالوصـيه فى الرجوع و الخروج من الثلث و نحوهمـا من الأحكـام، إذ لاـ يعتبر فيه شـى ء من ذلـك، بناء على أنه من الوصيه حقيقه، ضروره عدم تناول أدله العتق له.

و أغرب من ذلـك قوله فيه أيضـا: «و بـالجمله الأـقوال فى المسـأله ثلاثه أحـدها أنه وصـيه كما فى العباره، و ثانيها عتق معلق، و ثالثهـا إيقاع مسـتقل لكنه بمنزله الوصـيه فى الأحكام من نفوذه من الثلث و جواز الرجوع فيه، و عليه كما عرفت أكثر الطائفه» إذ مقتضـاه عـدم جريان الأحكام المزبوره على القول الثانى، مع أنه لم يعرف خلاف فى جريانها عليه على كل حال، كما اعترف به فى كشف اللثام، بل لم نعثر على قائل صريحا بما نسبه إلى أكثر الطائفه.

نعم فى موضع من المسالـك بعـد أن ذكر القولين الأولين قال: «و لو قيل بأن التـدبير إيقاع برأسه و إن شابه العتق المعلق بوجه و الوصـيه بوجه كـان حسـنا و فيه جمع بين الأـدله و سـلامه من تنـاقض الأحكام المترتبه عليه غالبا» و هو كالصـريح فى عـدم قائل بذلـك، و لعله لصدق العتق المعلق عليه لغه و شرعا و عرفا.

لكن قـال أيضـا فى موضع آخر منهـا: «و التحقيق أنه بمنزله الوصـيه لاـ عينها كما ذكره هنا، لأنه لو كان وصـيه محضه لافتقر فى عتقه إلى صـيغه بعد الموت، و لا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها فى جميع الأحكام، بل المراد أنه بمنزلتها فى الأحكام المسؤول عنها فى الروايات، و هو كونه من الثلث و يجوز الرجوع فيه و نحو ذلك، و ليس بعتق معلق أيضا، كما قال ابن إدريس و غيره، و إلاـ لمـا صـح الرجوع فيه، فكونه مترددا بينهمـا فى بعض الأحكـام و مسـتقلا بنفسه- و من ثم وقع بصـيغته الخـاصه الخارجه عن الأمرين- أظهر».

و فيه أن اختلاف الأحكام لا مدخليه له فى مهيه الشـى ء و حقيقته، و حينئذ فمراد القائل بكونه بصـفه الوصيه و ليس منها حقيقه و هـو الأـكثر أنه عتق معلق بصـفتها فى جواز الرجوع و الخروج من الثلث و نحوهمـا من الأحكـام الـتى لاـ تقتضـى كونه إيقـاعا مستقلا كما هو واضح.

و كيف كـان فلا خلاف بيننا نصا و فتوى فى أنه يجوز الرجوع فيه بل الإجماع بقسـميه عليه، بل المحكى منهما مسـتفيض إن لم يكن متواترا، و لا فرق فيه عنـدنا بين أن يكون قولا كقوله: رجعت فى هذا التدبير أو نقضـته أو فسـخته أو نحو ذلك و فعلا يدل على قصـده الرجوع كـأن يهب و إن لم يقبض أو يعتق أو يقف و إن لم يقبض أو يوصـى به خلافا للشافعى فى أحـد قوليه سواء كان التدبير مطلقا بأن علقه على مطلق الموت أو مقيدا بالموت فى سـفره أو مرضه، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه، فخص الجواز بالثانى.

و كذا لو باعه بطل تدبيره و إن لم يقصد به الرجوع، لاقتضاء البيع خروجه عن ملكه المنافى لبقاء تدبيره.

و قيل: إن رجع فى تـدبيره ثم باع صح بيع رقبته، و كذا إن قصد ببيعه الرجوع و إن لم يقصد مضـى البيع فى خدمته دون رقبته و تحرر بموت مولاه، (۱۱) و ظاهره اختصاص الخلاف فى البيع إذا لم يقع رجوع قبله و لم يقصد به الرجوع.

و نحوه الفاضـل فى القواعـد و إن لم يـذكر القيـد الثـانى، قـال فيها: «و يجوز الرجوع فى التـدبير قولا أو فعلا، فلو وهب و إن لم يقبض أو أعتق أو وقف أو أوصـى به أو باعه على رأى أو رهنه بطل التـدبير، مطلقا كان أو مقيـدا، و يصـح العقد و إن لم يرجع فى التـدبير، و سواء قصـد ببيعه الرجوع أولاـ و هـل يبطـل التـدبير بـالعقود الفاسـده؟ الأـقرب ذلك إن لم يعلم فسادها أو قصـد الرجوع، و قيل: لا يبطل التدبير بالبيع إذا لم يرجع فيه، بل يمضى البيع فى خدمته دون رقبته».

و فى التنقيـح «لاـ خلاـف أنه مع تقـدم الرجوع القولى أو التصـريح بقصـد الرجوع ببيعه أنه يبطل التـدبير، و مع عـدم الأمرين إن صرح ببيع رقبته أو هبتهـا كـذلك و إن صـرح ببيع منـافعه أو هبتهـا لم يكن رجوعـا، و تحرر بموت سـيده أما مع الإطلاق فأكثر الأصحاب قالوا بانصراف البيع و الهبه إلى منافعه، و أنه لا يبطل

بذلک و قال الحلیون ببطلان التدبیر و صحه البیع».

و قال فی الدروس: «صریح الرجوع رجعت فی تدبیره أو نقضت أو أبطلت أو شبهه دون إنکار التدبیر، أما لو باعه أو وهبه و لما ینقض تدبیره فأکثر القدماء علی أنه لا ینقض التدبیر، فقال الحسن یبیع خدمته أو یشترط عتقه علی المشتری فیکون الولاء له، و قال الصدوق: لا یصح بیعه إلا أن یشترط علی المشتری إعتاقه عند موته، و قال ابن الجنید: تباع خدمته مده حیاه السید، و قال المفید: إذا باعه و مات تحرر و لا- سبیل للمشتری علیه، و قال الشیخ فی النهایه: لا- یجوز بیعه قبل نقض تدبیره إلا أن یعلم المشتری بأن البیع للخدمه، و تبعه جماعه و الحلیون إلا الشیخ یحیی علی بطلان التدبیر بمجرد البیع» إلی آخره إلی غیر ذلک من کلماتهم المذکوره فی تحریر محل النزاع، لکن ما وصل إلینا من کلمات القدماء غیر منطبق علی ذلک، و إنما هو فی بیع خدمه المدبر إذا أراد بیعه مدبرا.

قال فی النهایه: «التدبیر بمنزله الوصیه یجوز للمدبر نقضه ما دام فیه الروح، فان نقضه جاز له بعد ذلک بیعه و هبته و التصرف فیه بجمیع أنواع التصرف، و متی لم ینقض التدبیر و أمضاه علی حاله ثم مات المدبر کان المدبر حرا من الثلث، فان نقص عنه انعتق و إن زاد علیه استسعی فی الباقی، و متی أراد المدبر بیعه من غیر أن ینقض تدبیره لم یجز له إلا أن یعلم المبتاع أنه یبیعه خدمته، و أنه متی مات هو کان حرا لا سبیل علیه» و هو کالصریح فی جواز بیع خدمه المدبر لأنه إذا أطلق البیع انصرف إلیها، و نحوه ما فی محکی المهذب و الکامل.

قال فی الأول: «یجوز لسید المدبر أن یبیع خدمته إذا ثبت علی تدبیره، و لم یرجع عنه، فیشتریه المشتری کذلک، فیخدمه أیام حیاه الذی دبره، فإذا مات عتق من الثلث».

و قال فی الثانی: «من دبر مملوکا و أراد بیعه لم یجز له ذلک إلا أن ینقض تدبیره أو یعلم المشتری أنه یبیعه خدمته، و أنه متی مات هو کان حرا لا

سبیل له علیه».

و کذا المحکی عن أبی الصلاح قال: «یجوز بیعه فی حال تدبیره، فإذا مات مدبره تحرر علی مبتاعه، فإن کان عالما بتدبیره حال ابتیاعه و إلی أن مات مدبره فلا شی ء له، و إن لم یعلم رجع إلی الترکه بما نقد فیه، و إن کان باعه بعد ما رجع فی تدبیره لم یتحرر بموت مدبره».

و أما ابن حمزه فلم یتعرض لهذه المسأله، و إنما اقتصر علی بیان عدم جواز رجوعه بنفس التصرف، قال: «و لیس له التصرف فیه بالبیع و الشراء و الهبه و غیر ذلک رجوعا و إذا أراد ذلک رجع ثم باع أو فعل ما شاء».

و أما ابن أبی عقیل فظاهره عدم جواز بیع المدبر إلا مع اشتراط عتقه علی المشتری، و أنه یجوز بیع خدمته قال: «لیس للمدبر أن یبیع المدبر إلا أن یشترط علی المشتری عتقه، و إذا أعتقه المشتری فالولاء لمن أعتق، و له أن یبیع خدمته، فإذا مات المدبر فالمدبر حر».

و کذلک الصدوق لکن لم یتعرض لبیع خدمته قال: «و إذا أعتق الرجل غلامه أو جاریته علی دبر منه ثم یحتاج إلی ثمنه فلیس له أن یبیعه إلا أن یشترط علی الذی یبیعه إیاه أن یعتقه عند موته» و هو کما تری لا تعرض فی کلامهما لانصراف البیع عند الإطلاق إلی الخدمه کما سمعته فی تحریر محل النزاع.

و کذلک ابن الجنید علی ما حکی من عبارته فی المختلف قال:

«عن أمیر المؤمنین علیه السلام (۱)

«إن رسول الله صلی الله علیه و آله باع خدمه المدبر، و لم یبع رقبته،»

و لا بأس عندنا ببیع رقبه المتطوع بتدبیره إذا احتاج السید إلی ثمنه، لحدیث جابر (۲)

فأما المدبر عن نذر قد کان ما نذر فیه و وجب علی السید تدبیره فلا یجوز

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبیر الحدیث ۴.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۱- من أبواب التدبیر الحدیث ۷ و سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۳۰۸.

بیع رقبته، و إنما یباع من هذا خدمته مده حیاه سیده، و الأحوط أن یباع ذلک منه بمکاتبه أو غیرها، و لا اختار بیع المتطوع بتدبیره و خدمته الواجب تدبیره فی دین أو غیره إلا إذا لم یف ملک السید بدینه، و لم یکن به غنی عن بیعه و لو باع خدمه مدبره من نفسه لم یسقط ما وافقه علیه بموت السید، فان کان مال حال وجب عند موته و إن کان منجما کان للورثه علی نجومه، کالکتابه، إذ هو کما تری صریح فی خلاف ما سمعته من تحریر النزاع.

نعم ظاهر عباره المقنعه جواز بیع المدبر علی وجه یکون ملکا للمشتری، إلا أن یموت المدبر، قال: «و لمالک العبد أن یبیعه بعد التدبیر له، غیر أنه متی مات البائع صار حرا لا سبیل للذی ابتاعه علیه» و یمکن أن یرید بیع الخدمه و یکون کلام الشیخ ره کالتفسیر له، لاستبعاد إراده بیع الرقبه علی الوجه المزبور و إن ذکر الفاضل نحوه فی تأویل کلام القائلین ببیع الخدمه، و قال: «إنه کبیع العبد المشترط حریته» إلا أنه کما تری.

و کأنه أخذه مما فی محکی المبسوط من أنه

«روی أصحابنا (۱)

أن التدبیر باق، إذا مات السید یعتق فی ملک المشتری،

و ینبغی أن یبیعه بهذا الشرط، و متی عاد إلیه ملکه بغیر ذلک فهل یعود حکم التدبیر؟ قال قوم: یعود تدبیره، و إن کان لم ینقض تدبیره فالتدبیر باق، لأن عندنا یصح بیع خدمته دون رقبته مده حیاته» و هو صریح فی انتقاضه بالبیع، خصوصا بعد قوله قبل ذلک: «لو جنی المدبر فان اختار سیده تسلیمه للبیع فان استغرق الأرش قیمته بیع فیها و بطل التدبیر، و إن کان الأرش لا یستغرق قیمته و لم یمکن بیع بعضه بیع کله، و الفضل لسیده، و إن بیع بعضه کان الباقی مدبرا، و کل موضع زال ملکه عنه زال التدبیر».

۱- ۱ المبسوط ج ۶ ص ۱۷۲ و لفظه هکذا «روی أصحابنا أن التدبیر باق و إذا مات السید.».

و نحوه ما عن الخلاف «أن بيع المدبر و هبته و وقفه ناقض للتدبير، و لو وهبه كانت الهبه رجوعا فى التدبير سواء أقبضه أو لا، و كذا لو أوصى به» ثم قال فى الخلاف أيضا: «إذا دبر عبدا ثم أراد بيعه و التصرف فيه كان له ذلك إذا نقض، فان لم ينقض تدبيره لم يجز بيع رقبته، و إنما يجوز له بيع خدمته مده حياته» و بالجمله إنما كلامهم أو أكثرهم فى مشروعيه بيع خدمه المدبر إذا لم يرد نقض تدبيره، لا فى انصراف البيع إليها.

و السبب فى ذلك بعض النصوص الداله على ذلك، ك

خبر السكونى (۱) عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على عليهم السلام «باع رسول الله صلى الله عليه و آله خدمه المدبر و لم يبع رقبته»

و خبر على (۲)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حال حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها فى حياته، فإذا مات انعتقت الجاريه»

و هما مع ضعفهما و موافقتهما للمحكى عن بعض العامه محتملان لإراده مطلق النقل من البيع كالصلح أو الإجاره مده معينه فمده و هكذا و غيرهما لا البيع حقيقه، ضروره معلوميه كون مورده الأعيان لا المنافع، خصوصا مع جهالتها، و دعوى اختصاص الموضع المزبور بذلك كما سمعته من الدروس بعيده، لقصور الخبرين المزبورين عن إثبات ذلك.

و كذا الكلام فى

خبر أبى مريم (۳) عن أبى عبد الله عليه السلام «سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال:

نعم أى ذلك شاء فعل»

و أبعد منه حملهما على إراده بيع الرقبه إلى أن يموت البائع، فينعتق عليه بمعنى ملكيه متزلزله إلى الموت، كما سمعته من الفاضل و فرع عليها فروعا.

و أما ما سمعته من الصدوق و ابن أبى عقيل فيدل عليه

صحيح ابن مسلم (۴) عن أحدهما عليهما السلام «فى رجل يعتق غلامه أو جاريته فى دبر منه ثم يحتاج إلى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبير الحديث ۴.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب التدبير الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب التدبير الحديث ١.

٤- ۴ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث ۶.

ثمنه أ يبيعه؟ فقال: لا، إلا أن يشترط على الذى يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»

و نحوه صحيح الحلبى (۱) عن الصادق عليه السلام الذى ينبغى حملهما على ضرب من الكراهه، ك

خبر وهب (۲) عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام «إن عليا عليه السلام قال:

لا يباع المدبر إلا من نفسه»

الموافق للمحكى عن بعض العامه.

و كذا ما دل على تقييد البيع بالاحتياج أو رضا المملوك ك

صحيح ابن مسلم (۳)

«قلت لأبى جعفر عليه السلام: رجل دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن قال: إذا احتاج إلى الثمن فهو له، يبيع إن شاء و إن شاء أعتق، فذلك من الثلث»

و موثق إسحاق بن عمار (۴)

«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الرجل يعتق مملوكه عن دبر ثم يحتاج إلى ثمنه، قال: يبيعه، قلت: فان كان عن ثمنه غنيا قال: إن رضى المملوك فلا بأس»

و صحيح جميل (۵)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر أ يباع قال: إن احتاج صاحبه إلى ثمنه، و قال: إذا رضى المملوك فلا بأس»

و خبر أبى بصير (۶)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد و الأمه يعتقان عن دبر، قال:

لمولاه أن يكاتبه إن شاء و ليس له أن يبيعه إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته، و له أن يأخذ ماله إن كان له مال»

لعدم قائل بمضمونها حتى من القائلين ببيع الخدمه.

و على كل حال فلا ينكر دلاله هذه النصوص أجمع على ناقضيه بيع المدبر لتدبيره.

مضافا إلى

صحيح ابن مسلم (٧)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبر

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث ۶ و التهذيب ج ٨ ص ٢۶٣ الرقم ٩۶٠ و الاستبصار ج ۴ ص ٢٨ الرقم ٩۶.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب التدبير الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث ٧.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث ۴.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث ۵.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب التدبير الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ١- من أبواب التدبير الحديث ١.

مملوکا ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوکه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و إن شاء أمسکه حتى یموت، فإذا مات السید فهو حر من ثلثه»

و خبر أبی بصیر (۱) عن أبی عبد الله علیه السلام «المدبر مملوک، و لمولاه أن یرجع فی تدبیره إن شاء باعه و إن شاء وهبه و إن شاء أمهره»

مضافا إلى غیرهما من النصوص بل لا ینکر ظهورهما خصوصا الأخیر منهما فی حصول الرجوع بالبیع إذا قصده، خلافا لما سمعته من ابن حمزه.

فتحصل من جمیع ما ذکرناه أنه لا إشکال فی بطلان تدبیره برجوعه عنه، فله بیعه و غیره، و کذا لو قصد ببیعه الرجوع به، بل و کذا لو أطلق بیعه غیر مستحضر لذلک أو لتدبیره، لاقتضاء البیع نقل رقبته، و هو مقتض لإبطال تدبیره.

نعم لو صرح ببیع خدمته مع إراده بقاء تدبیره أو بیع رقبته کذلک ففیه البحث السابق الذی قد عرفت فیه أن الأصح عدم جوازه، و کذا لو أطلق البیع مریدا ذلک من غیر إعلام المشتری، و الکلام مع القدماء فی مشروعیه ذلک، و لو حمل کلامهم على نحو ما سمعته منا فی حمل النصوص ارتفع النزاع من البین، و خلت المسأله عن الأشکال. و مما ذکرنا یظهر لک النظر فی جمله من الکلمات، و الله العالم بحقیقه الحال.

و لو أنکر المولى تدبیره على وجه لم یقصد الرجوع به لم یکن رجوعا لغه و لا شرعا و لا عرفا، ضروره تمایز إنشاء الرجوع بالشی ء و إنکار أصل إیقاعه، خصوصا إذا کان مع النسیان مثلا، فما عن بعضهم- من أنه یکون رجوعا لاستلزامه رفعه فی سائر الأزمان، فکان أبلغ من الرجوع المقتضی لرفعه فی الزمن المستقبل خاصه- واضح الفساد و کذا الکلام فی سائر ما کان عنوان إبطاله الرجوع و نحوه من وکاله أو وصیه و نحوهما، عدا الطلاق الذی قد ورد النص (۲)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب التدبیر الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب أقسام الطلاق من کتاب الطلاق.

الصحيح فيه بكونه رجوعا، و قد عرفت تحقيقه فيما تقدم.

و كذا الكلام فيما لو ادعى المملوك التدبير و أنكر المولى فحلف إذ الحلف لم يفد الرجوع، و إنما يؤكد الإنكار، و يقتضى ارتفاعه ظاهرا و حينئذ لم يبطل التدبير فى نفس الأمر فلو مات السيد على الحال المزبور بحيث لم يحصل منه ما يدل على الرجوع انعتق المملوك فيما بينه و بين الله تعالى شأنه.

و قد تظهر الفائده ظاهرا لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فان جعلنا الإنكار رجوعا لم يعد باعترافه و إلا بقى بحاله، فيثبت ظاهرا أيضا حيث يعترف به، بل فى المسالك و قد تظهر فائدته أيضا لو كان الحلف لعدم البينه ثم وجدت بعد ذلك، و هو مبنى على سماع البينه بعد اليمين، و قد حققنا ذلك فى كتاب القضاء، و الله العالم.

[المسأله الثانيه ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى]

المسأله الثانيه لا خلاف نصا (۱)

و فتوى فى أن المـدبر عن حياه سـيده ينعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى، فان خرج منه و إلا تحرر من المـدبر بقدر الثلث و حينئذ ف لو لم يكن سواه عتق ثلثه نعم لو علقه بموت المخدوم مثلا و مات فى حياه المولى و صحته لم يعتبر من الثلث و إن قلنا إنه تدبير بلا خلاف و لا إشكال، لأنه كتعجيل العتق فى حال الصحه، و إطلاق النص (۲)

و الفتوى خروج المدبر من الثلث منزل على الغالب من كونه معلقا بموت المولى.

نعم فى المسالـك «لو مات المخـدوم فى مرض موت المولى أو بعـده فهو من الثلث، كالمعلق على وفاه المولى، و لو كان واجبا بنـذر و شـبهه فان كان فى مرض الموت لم يتغير الحكم، و إن كان فى حال الصـحه فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضا، لأنه لا يصـير واجب العتق بـذلك، بل إنما يجب تـدبيره، فإذا دبره برى ء من النذر، و لحقه حكم التدبير، و إن كان قـد نظر عتقه بعـد الوفـاه فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليه، و مثله نـذر الصـدقه و نحوها بمال بعـد الوفاه، و فى التحرير ساوى بين الأمرين فى خروجه من الأصل، و نقله فى الدروس عن ظاهر الأصـحاب، و الأظهر الأول و حينئذ لو جوزنا تعليق العتق على الشـرط فقال: هو حر قبل مرض موتى بيوم مثلا خرج من الأصل، و كـذا لو جعلنا المنجزات من الأصل فعلقه على آخر جزء من حياته، و لو نـذر عتقه أو الصدقه بالمال أو صـرفه فى بعض الوجوه السابقه فى آخر يوم من أيام صـحته فكذلك أو فى آخر يوم من أيام حياته على القول الآخر».

قلت: قال فى الـدروس: «التـدبير ثلاثه أقسام: واجب، و لا يصـح الرجوع فيه إن قال: لله على عتق عبـدى بعـد وفاتى، و لو قال: لله على أن أدبر عبدى فكذلك

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب التدبير.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب التدبير.

فی ظاهر کلام الأصحاب، لأن الغرض التزام الحریه بعد الوفاه لا مجرد الصیغه، و عن ابن نما جواز الرجوع لوفائه بنذره بإیقاع الصیغه، فیدخل فی مطلق التدبیر- ثم قال فیها فی آخر کتاب التدبیر-: و لو کان التدبیر واجبا أو معلقا بموت الغیر فمات فی حیاه المولی فهو من الأصل» و فی التحریر «أما التدبیر الواجب بالنذر و شبهه فلا یجوز فیه الرجوع، و یخرج من أصل المال» و فی الریاض عن الانتصار الإجماع علی ما نسبه فی الدروس إلی الأصحاب.

قلت: قد یناقش فیما ذکره فی المسالک أولا بعدم صدق التبرع به فی مرض، و إن حصل تنجیزه به و لکنه بسبب حال الصحه، و لا أقل من الشک، و الأصل الخروج من الأصل، و لعله لذا أطلق فی الدروس الخروج من الأصل مع حیاه المولی.

بل قد یناقش فی الخروج من الثلث فیما بعد الوفاه أیضا، للأصل السالم عن معارضه إطلاق الأدله الظاهره فی وفاه المولی المدبر له، لا فیما یشمل الفرض الذی مقتضی الأصل فیه الخروج من الأصل بعد أن لم یصدق علیه أنه وصیه و لا یندرج فی إطلاق أدله التدبیر. و مما ذکرنا یعلم الحال فیما ذکره من الأمثله للعتق المعلق علی فرض جوازه.

بل قد یناقش فیما ذکره فی التدبیر الواجب بنذر و شبهه من التفصیل بین کونه فی المرض و بین کونه فی الصحه بأنه مناف لما سمعته من إطلاق التحریر و الدروس الذی یؤیده ما عرفت من کون الأصل الخروج من الأصل الذی ینبغی الاقتصار فی خلافه علی المتیقن الذی هو التبرع المحض علی وجه لا یلحق باسم الدین أو ما فی حکمه مما یخرج من الأصل، و منه النذر و لو فی حال المرض، إلا أن الانصاف عدم خلوه من الإشکال فتأمل.

و قد یناقش فیما ذکره أخیرا أیضا بأن مرجع النزاع إلی لفظ، ضروره تبعیه النذر للقصد الذی لا ینبغی النزاع فیه بعد معلومیته، و مع الإطلاق و عدم قرینه فلا ریب فی أن التدبیر اسم لنفس إنشاء التدبیر بصیغته إلا أن تقوم قرینه علی إراده

أثره لا نفس الصيغه، فيكون كنذر حريته بعد الوفاه التى قد يمنع صدق اسم التدبير عليها بعد فرض عدم إنشائه بصيغته الخاصه به، و موافقه النذر للتدبير فى النتيجه لا يقتضى الاندراج فى الاسم.

و على كل حال فلا يخرج عن ملكه بالنذر المزبور إجماعا بقسميه، لاستلزامه الحنث فى نذره، فلو فعل ففى الرياض صح، للعموم مع عدم المخرج عنه سوى النهى الغير المستلزم للفساد فى المعاملات، نعم يأثم و تلزمه الكفاره مع العلم لا مع النسيان على الظاهر لعدم الحنث، و فى الجاهل وجهان، و فيه أن انعقاد النذر يقتضى تشخيصه للنذر كتشخيصه للشرط مثلا كما تسمع تحقيقه إنشاء الله فى كتاب النذور.

و لو دبر جماعه فان خرجوا من الثلث فذاك و إلا عتق من يحتمله الثلث و بدئ بالأول فالأول مع فرض ترتبهم، بناء على أن التدبير من الوصيه التى مر فى بابها أن ذلك حكمها نصا (۱)

و فتوى أو منزل منزلتها على وجه يشمل الحكم المزبور أو على أن الحكم المزبور على وفق القواعد فى الوصيه و فى المقام باعتبار أولويه كل سابق على مسبوقه فى التعليق بالحق و إن كان لا يخلو من نظر، ضروره اتحاد الجميع فى كيفيه التعلق، و مجرد السبق فى الوجود لا يقتضى التقدم بعد اشتراك الجميع فى الوصيه مثلا.

و على كل حال ف لو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعه بلا خلاف و لا إشكال، كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى توزيع الثلث بينهم، فمع فرض إيقاع تدبيرهم بصيغه واحده.

و لو كان على الميت دين يستوعب التركه بطل التدبير و بيع المدبرون فيه لأنه وصيه أو بمنزلتها بالنسبه إلى ذلك، و كذا ما فى معناه من التنجيز و الإيصاء المتقدم عليه لفظا، فيخرج أولا ثم يعتق المدبر من الثلث الباقى، و فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۶- من كتاب الوصايا الحديث ۱.

خبر الحسن بن علی بن أبی حمزه (۱) عن أبی الحسن علیه السلام «قلت له: أبی هلک و ترک جاریتین قد دبرهما، و أنا ممن أشهد لهما، و علیه دین، فقال: رحم الله أباک قضاء دینه خیر له إنشاء الله».

و إلا یکن الدین مستوعبا بیع منهم بقدر الدین بالقرعه، کما صرح به الصیمری، قال: «فان کان الدین بقدرهم مثلا و لا ترکه سواهم کتب رقعه للدین و اخری للترکه بعد أن یقسم العبید قسمین، و إن کان بقدر ثلث العبید کتب ثلاث رقاع: واحده للدین و اثنتین للترکه، و کذلک الحکم لو أعتق المریض فی مرض الموت و مات و علیه دین و احتجنا إلی بیع بعض المعتقین».

و علی کل حال فإذا أخرج بها کل من اخرج للدین تحرر ثلث من بقی سواء کان الدین سابقا علی التدبیر أو لاحقا علی الأصح الموافق للمشهور شهره عظیمه کادت تکون إجماعا إذ لم نعرف مخالفا إلا الشیخ فی النهایه التی هی متون أخبار و لیست کتاب فتوی، و تبعه القاضی، ففرق بینهما، فقدم التدبیر علی الدین إذا کان لاحقا و بالعکس إذا کان سابقا ل

صحیح أبی بصیر (۲)

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل دبر غلامه و علیه دین فرارا من الدین، قال: لا تدبیر له، و إن کان دبره فی صحه منه و سلامه فلا سبیل للدیان علیه»

و الحسین بن علی بن یقطین (۳)

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن بیع المدبر، قال: إذا أذن فی ذلک فلا بأس به، و إن کان علی مولی العبد دین فدبره فرارا من الدین فلا تدبیر له، و إن کان دبره فی صحه و سلامه فلا سبیل للدیان علیه، و یمضی تدبیره»

القاصرین عن معارضه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب التدبیر الحدیث ۳ مع الاختلاف فی اللفظ.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب التدبیر الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب التدبیر الحدیث ۱ عن الحسین عن علی ابن یقطین کما فی التهذیب ج ۸ ص ۲۶۱ الرقم ۹۵۰ و الاستبصار ج ۴ ص ۲۸ الرقم ۹۱.

ما تقدم من النصوص (۱)

الداله على أنه بمنزله الوصيه و أنه من الثلث و أن قضاء الدين خير له من وجوه، فيطرحان أو يحملان على التدبير الواجب بنذر و شبهه، فإذا وقع كذلك مع سلامه من الدين فلا سبيل للديان عليه، و لو نذره فرارا من الدين لم ينعقد نذره، لأنه لم يقصد به الطاعه، بل ظاهرهما اعتبار قصد الفرار فى الشق الأول، و لم يقل به أحد، بل هما ظاهران بالنظر إلى سياقهما فى التفصيل بين قصد الفرار و عدمه المعبر عنه بالصحه و السلامه، لا تقدم الدين و تأخره، و حينئذ يكونان أعم من المدعى، و يخرجان عن الدلاله على التفصيل المزبور، بل ربما احتمل أن المراد منهما التفصيل بين حالتى الصحه و المرض، بل قيل: إنه المتبادر من اللفظتين عند الإطلاق و إن كان هو كما ترى، إلا أن المراد بيان إجمال الروايتين على وجه لا وثوق بالمراد منهما بحيث يصلح لمعارضه ما عرفت.

هذا و لكن فى

صحيح الحلبى (۲)

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل قال: إن مت فعبدى حر و على الرجل دين، فقال: إن توفى و عليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، و إن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه، و هو حر إذا أوفى»

و لعل وجهه انعتاق جزء منه مع فرض عدم الإحاطه، فيستسعى حينئذ كما أن ترك ذكر الوارث فيه مع أن له حقا أيضا فى زياده قيمته لا يقدح بعد استفادته من خارج.

و منه ينقدح الاشكال فيما ذكره المصنف و غيره من البيع بقدر الدين خصوصا مع تأيد الصحيح المزبور بإطلاق أدله البيع على وجه يمكن جعله قاعده فى كل من أعتق بعضه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كما يصح الرجوع فى المدبر أجمع يصح الرجوع فى بعضه، لأنه بحكم الوصيه التى يجوز فيها ذلك، كما عرفته فى كتابها.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲ و ۸- من أبواب التدبير.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۹- من كتاب الوصايا الحديث ۳.

[المسأله الثالثه إذا دبر بعض عبده لم ينعتق عليه الباقی]

المسأله الثالثه:

إذا دبر بعض عبده لم ینعتق علیه الباقی معجلا للأصل السالم عن معارضه ما دل (۱)

علی ذلک بعد ظهوره فی العتق المنجز، خلافا للمحکی عن المرتضی و بعض العامه من القول بالسرایه کالعتق المنجز، لأنه یوجب استحقاق العتق بالموت، فصار کالاستیلاد الموجب لتقویم حصص الشرکاء علیه، و فیه منع الاستحقاق أولا لجواز الرجوع، و منع الملازمه علی تقدیر الاستحقاق ثانیا، لعدم تحقق العتق بالفعل، لعدم المقتضی، و الفرق بین الاستیلاد و التدبیر أن الاستیلاد کالإتلاف، حیث إنه یمنع التصرف بالبیع و نحوه، و لا سبیل إلی دفعه بخلاف التدبیر، کما هو واضح.

بل فی المسالک «لا ینعتق علیه أیضا بعد انعتاق المدبر، لأنه حینئذ لا یبقی المعتق موسرا، لانتقال ماله عنه بالموت، بخلاف ما إذا علق عتق نصیبه بصفه فوجدت الصفه و هو موسر و جوزناه، فإنه یعتق النصیب و یسری» و فیه إمکان کونه موسرا بالخروج من الثلث، فان لم یکن له ثلث غیره استسعی العبد، فتأمل.

و لو کان له شریک لم یکلف شراء حصته علی معنی ضمانها له، لما عرفت من عدم المقتضی لذلک، فأصاله البقاء بحالها، و المخالف هنا کالسابق، و جوابه جوابه، بل هنا أولی بعدم السرایه، خلافا لبعض العامه، فخیر الشریک بین أن یضمنه القیمه و بین أن یستسعی العبد و بین أن یدبر نصیبه أو یعتقه، و هو کما تری.

و کذا لو دبره بأجمعه و رجع فی بعضه و الکلام الکلام.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق.

بل عن الشیخ ره أنه کـذلک لو دبر الشـریکان ثم أعتق أحدهما لم یقوم علیه حصه الآخر لأن له جهه یعتق لها و هو التدبیر، فلا یحتـاج إلی جهه أخری و إن کـان هو کمـا تری، ضـروره تناول إطلاق أدله السـرایه. و لـذا قال المصـنف لو قیل یقوم علیه کان وجها.

و لو دبر أحدهما خاصه ثم أعتق وجب علیه فک حصه الآخر مع الشرائط قطعا، لعموم الأدله السالم عن المعارض.

و لو أعتق صاحب الحصه القن لم یجب علیه فک الحصه المـدبره عنـد الشـیخ، بل فی المتن علی تردد و قد عرفت ضـعفه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا أبق المدبر بطل تدبیره]

المسأله الرابعه:

إذا أبق المدبر بطل تدبیره بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی

خبر محمد بن مسلم (۱) عن أبی جعفر علیه السـلام «سألته عن جاریه مدبره أبقت من سـیدها سنینا ثم جاءت بعد ما مات سیدها بأولاد و متاع کثیر، و شهد لها شاهدان أن سیدها کان دبرها فی حیاته قبل أن تأبق، فقال أبو جعفر علیه السلام: أری أنها و جمیع ما معها للورثه، قلت: لا تعتق من ثلث سیدها، فقال: لا، إنها أبقت عاصیه لله عز و جل و لسیدها، و أبطل الإباق التدبیر»

و خبر رزین (۲)عن الصادق علیه السـلام «فی رجل دبر غلاما له، فأبق الغلام فمضی إلی قوم، فتزوج منهم، و لم یعلمهم أنه عبد، فولـد له و اکتسب مالا، فمات مولاه الـذی دبره، فجاء ورثه المیت الذی دبر العبد فطالبوا العبد، فما تری؟ فقال: العبد و ولده رق لورثه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب التدبیر الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب التدبیر الحدیث ۲ عن علاء بن رزین.

المیت، قلت: أ لیس قد دبر العبد، فذکر أنه لما أبق هدم تدبیره و رجع رقا».

و لا حاجه بعد ذلک إلی تکلف الفرق بینه و بین الارتداد الذی لا یبطل معه التدبیر مع أنه معصیه لله عز و جل بأن الأول مع ذلک هو معصیه للسید المحتاج إلی خدمته، بخلاف الارتداد الذی هو معصیه للسید الغنی عنه، مع أنه منتقض بعدم بطلانه بالإباق مع التعلیق علی وفاه المخدوم الذی قد سمعت الکلام فیه، و ستسمع إنشاء الله تعالی فالعمده حینئذ النص و الإجماع و کفی بهما فارقا، و الله العالم.

و علی کل حال فإذا بطل تدبیره کان هو و من یولد له بعد الإباق رقا إن ولد له من أمه مولاه أو غیره، بل أو حره إذا کان بحیث یلحق به الولد بلا إشکال فی شی ء من ذلک و لا خلاف.

و أما أولاده قبل الإباق فهم علی التدبیر و لا یبطل تدبیرهم بإباقه، للأصل و غیره، بل قد یمنع بطلانه بإباقهم فضلا عن إباقه اقتصارا فیما خالف الأصل علی مورد النص (۱)

علی أن تدبیرهم قد جاء بالسرایه کما تقدمت الإشاره إلی ذلک فی مسأله جواز الرجوع بهم، فلاحظ و تأمل.

لکن قد یقال ظاهر الخبر الأول (۲)

التعلیل الشامل لذلک، اللهم إلا أن یمنع کونه تعلیلا لبطلانه بمقتضی إطلاق النص و الفتوی به و إن لم یکن عصیانا لصغر و نحوه، و قد یحتمل منع ذلک تنزیلا للإطلاق علی المنساق و الله العالم.

و کیف کان ف لا یبطل تدبیر المملوک لو ارتد للأصل حتی لو کان عن فطره فإن التحق بدار الحرب بطل لأنه إباق، و حینئذ لو مات مولاه قبل فراره تحرر لحصول المقتضی، فما عن ابن الجنید- من بطلان التدبیر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب التدبیر.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب التدبیر الحدیث- ۱.

بالارتداد أو الالتحاق بدار الحرب و أسر المسلمين له- واضح الضعف، لعدم الدليل إلا القياس الذى هو هنا مع ثبوت الفارق محرم عندنا، و الالتحاق حيث يكون إباقا يكفى فى تحقق البطلان و إن لم ينضم إليه الأسر، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الخامسه ما يكتسبه المدبر لمولاه لأنه رق]

المسأله الخامسه:

ما يكتسبه المدبر لمولاه ل ما عرفت من أنه رق نصا (۱)

و فتوى، بل إجماعا بقسميه و لو اختلف المدبر و الوارث فيما فى يده بعد موت المولى فقال المدبر: اكتسبته بعد الوفاه و قال الوارث: قبلها فالقول قوله مع يمينه للأصل، و لأنه صاحب يد و لو أقام كل منهما بينه فالبينه بينه الوارث لأنها بينه خارج بناء على تقديمها على بينه الداخل، هذا كله إذا كان خارجا من الثلث.

أما إذا كان النزاع فى صوره ما إذا لم يخلف سواه و كانت قيمته ثلاثين مثلا و قد اكتسب ستين مثلا فادعى الوارث السبق و يلزمه انعتاقه أجمع و كون الكسب له، لأنه ضعف قيمته و ادعى العبد التأخر، و مقتضاه حريه ثلثه و يتبعه ثلث الكسب و هو عشرون، فيبقى للوارث منه أربعون، و إذا ضمت إلى قيمه العبد كانت سبعين، و المجموع تركه باعتراف الوارث، فينعتق منه ثلثها، و هو ثلاثه و عشرون و ثلث، و ذلك سبعه أتساع المدبر، فالقول قوله أيضا بيمينه فى استحقاق العشرين، و لكن يفك العبد نفسه إن شاء بسته و ثلثين من العشرين التى أخذها بجزئه الحر، و لا تحتسب على الوارث، لأنه انما يحسب عليه ما يصل إليه، و يبقى له منها ثلاثه عشر و ثلث.

لكن فى المسالك «لا يقال يلزم على هذا أن يثبت له زياده على ما يدعيه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب التدبير.

لأن دعواه التی حلف علیها و قدم قوله فیها أنه انعتق ثلثه و استحق ثلث الکسب، و ذلک ثلاثون تمام قیمته، و لازم دعواه أیضا شرعا أن مجموع الکسب للورثه، و لیس له إلا رقبته، لأن ما یحصل له من الکسب یجب علیه دفعه فی فکاک باقیه، و هو بتمامه تمام الباقی، فکیف یستحق الزائد، و هو ینفیه، لأنا نقول: إن الزیاده حصلت له من قبل الجزء الحر، و هو حق لله تعالی شأنه یثبت فیه ما یقتضیه الشرع، و لا یلتفت فیه إلی إنکاره، بخلاف المال، و ذلک لأن مقتضی دعواه فی المال لما کانت استحقاق عشرین لم یزده علیها، و أما العتق فان الشرع یحکم بعتق ثلث ما یتحصل بید الوارث من الترکه، و لما اعترف له من الکسب بأربعین و قیمته تساوی ثلاثین فقد تحصل بأیدیهم سبعون، فیحکم بعتق مقدار ثلثها منه. سواء اعترف به أم أنکره، لأن العتق حق لله تعالی شأنه، فیحصل له منه مقدار ثلاثه و عشرین، فإذا أضیفت إلی ما حکم له به من الکسب زاد عن القیمه، فکان الزائد له لأجل ذلک، و قس علی هذا ما إذا قصر الکسب عن ضعفه أو خلف شیئا آخر معه لا یبلغ الضعف، فلو کان کسبه مقدار قیمته کان له ثلثه بدعواه التی قدم فیها و ضم ثلثاه، و هو عشرون فی المثال إلی مجموع المدبر، و قیمته ثلاثون، فیکون الحاصل بید الوارث خمسین، و یحکم علیه بعتق ثلثها، و هو سته عشر و ثلثان، و هی خمسه أتساعه، و له ثلث کسبه عشره، و یجتمع للورثه عشرون من الکسب و ثلاثه عشر و ثلث من رقبته، و ذلک ضعف ما عتق منه» و قد أخذ ذلک کله من الفاضل فی القواعد و ولده فی شرحها.

لکن فیه- بعد الإغضاء عما فی دعوی وجوب دفع ما استحقه بیمینه فی فک نفسه- أن دعوی الحریه التی یعلم العبد خلافها لا تکون سببا لملک الزیاده التی یجب علیه دفعها فی فکاک نفسه علی ما ذکروه فیما بینه و بین الله تعالی شأنه، و کذا عدم سماع إنکاره لها فی ظاهر الشرع لو سلم، و إلا فقد یمنع، لإطلاق

قوله علیه السلام (۱): «الناس کلهم أحرار إلا من أقر علی نفسه بالعبودیه»

و حینئذ

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۹- من کتاب العتق الحدیث ۱.

فالمتجه معامله كل منهما بإقراره.

و زاد فى القواعـد احتمـال كون المسأله دوريه، قال: «و لو ادعى الوارث سـبق الكسب على الموت و العبـد تأخره قـدم قوله، فإن أقاما بينه قدمت بينه الوارث هذا إن خرج من الثلث، و لو لم يخلف سواه و كان الكسب ستين ضـعف قيمته قدم قول العبد أيضا، و يحتسب على الورثه ما يصل إليهم من الكسب بإقرارهم، و هل للعبد بالجزء الذى انعتق بإقرارهم مقابله من كسبه إشكال، ينشأ من إجراء إقرار الورثه مجرى الإجازه أولا، فعلى الأول يدخلها الدور، فنقول عتق منه شى ء، و له من كسبه شيئان و للورثه شيئان من نفسه و كسـبه، فالعبد و كسـبه فى تقدير خمسه أشـياء، فالشـى ء ثمانيه عشـر، فله من نفسه ثمانيه عشـر، و من كسـبه ضـعف ذلك، و للورثه من نفسه و كسـبه سته و ثلاثون، و على الثانى يعتق سبعه أتساعه، و له من كسبه عشرون، و منه يستخرج حكم ما قصر الكسب فيه عن ضعفه أو خلف شيئا معه».

قلت: لاـ أعرف وجها للاحتمال الأول الـذى جعل المسأله دوريه على تقـديره، و ذلك لعـدم إقرارهم بانعتاق جزء منه على وجه يسـتحق به من الكسب شـى ء، ضروره كون دعواهم تقدم الكسب على وفاه السيد، و هو زمان الرقيه، فلا يتصور استحقاق شى ء من الكسب بجزئه الحر على دعوى الوارث، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذ جنى على المدبر بما دون النفس كان الأرش للمولى]

المسأله السادسه:

إذ جنى على المـدبر بما دون النفس كان القصاص أو الأرش للمولى لأنه مملوك له فهو حينئـذ كالقن و لا يبطل التـدبير بذلك للأصل و غيره، نعم إن قتل بطل التـدبير لفوات محله و كانت قيمته للمولى أو القصاص و لكن يقوم مدبرا، إذ قد يقتضـى التدبير إذا كان واجبا أو قلنا بعدم جواز بيع رقبه المدبر نقصا بالنسبه إلى قيمته غير مدبر، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا جنى المدبر تعلق أرش الجنايه برقبته]

المسأله السابعه:

إذا جنى المـدبر تعلق أرش الجنـايه برقبته كالقن، لإطلاق الأدله، فإن كان موجبا للقصاص فاقتص منه فات محل التـدبير، و كـذا إن استرق لخروجه حينئذ عن ملك سيده، فيبطل تدبيره و إن عفى عنه أو رضـى المولى بالمال أو كانت الجنايه توجب مالا ف لسيده فكه بأرش الجنايه أو بأقل الأمرين على الخلاف المقرر فى جنايه القن، و له بيعه (۱۱) كلا أو بعضا فيها فان فكه فهو على تدبيره (۱۲) للأصـل و إن باعه و كانت الجنايه تسـتغرقه فالقيمه لمسـتحق الأرش، فان لم تسـتغرقه بيع منه بقـدر الجنايه، و الباقى على التدبير (۱۳) بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك و لا إشكال.

و لمولاه أن يبيع خدمته (۱۴) حقيقه منفرده أو مع رقبته إلى حين موته، أو ينقلها بعقـد صـلح أو إجاره مـده فمده على حسب ما سمعته من الخلاف السابق،

ضروره عدم خصوصیه للمقام.

و له أن یرجع فی تدبیره إن لم یکن واجبا علیه ثم یبیعه إن شاء و إن شاء فداه.

بل علی ما قلناه سابقا لو باع رقبته صح و کان ذلک نقضا لتدبیره و إن لم یقصده، لاقتضاء البیع انتقال الرقبه، و قد عرفت منافاته للتدبیر، بناء علی أنه لا عتق إلا فی ملک، مضافا إلی ظهور النصوص (۱)

السابقه فی ذلک.

و لکن قال المصنف هنا و علی روایه إذا لم یقصد نقض التدبیر کان التدبیر باقیا و ینعتق بموت المولی، و لا سبیل علیه و لم نعثر علیها بالخصوص، إذ لیس إلا ما سمعته مما هو ظاهر فی جواز بیع الخدمه (۲)

لا أنه مع إطلاق البیع یبقی تدبیره، و لعله لذا قال الکرکی فی فوائده «هذا بخصوصه غیر موجود فی شی ء من الروایات، و لکن المصنف حیث جمع بینها بالحمل علی ذلک حکاه بصیغه «علی» و لم یقل فی روایه، فکأنه قال: علی مقتضی روایه باعتبار الحمل الذی ساق إلیه اختلاف الروایات» قلت: و قد عرفت عدم قبول النصوص المزبوره للجمع المذکور، فلاحظ و تأمل.

و لو مات المولی قبل افتکاکه أو استرقاقه انعتق لإطلاق أدله التدبیر و سبق سبب الحریه علی الجنایه، و بنائها علی التغلیب و حینئذ فالمتجه تعلق أرش جنایته بذمته و لا- یثبت أی أرش الجنایه فی ترکه المولی للأصل و غیره، حتی لو قلنا بثبوته لو أعتق العبد الجانی باعتبار کونه بناء علی نفوذ العتق التزاما بالفداء، لتعذر تسلیمه لاستیفاء حق الجانی، ضروره الفرق بینهما بالسبق و اللحوق، فما عن الشیخ من کون الأرش فی ترکه المولی ضعیف، نعم لو فرض تدبیره بعد الجنایه و قلنا بانعتاقه بالموت و اتفق حصوله قبل الفک أمکن القول

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب التدبیر.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبیر الحدیث ۳.

بـذلك، كما أن المتجه فى الأول بناء على عدم انعتاقه بموت المولى- كما عن بعض أقوال العامه- تخير الوارث بين فدائه فيعتق حينئذ من الثلث و بين تسليمه للاسترقاق و بيعه فى جنايته، فيبطل التدبير حينئذ.

و فى المسالك عن ابن الجنيد و القاضـى لا يبطل، بل يستسـعى فى قيمته بعد موت المولى، و اختاره فى الدروس لصـحيحه أبى بصير (۱)

و الأظهر البطلان، قلت:

لم أجـد ذلك فيها، و إنما الموجود هنا «و لو جنى فكالقن و لو عتق قبل الفك ففى رقبته أو ماله، لا على الورثه، و فى المبسوط يؤخـذ الأرش من بركه المولى كأنه يجرى مجرى إعتاق العبـد الجانى، و لو كاتبه جزم الشـيخ ببطلان التـدبير و ابن الجنيد و ابن البراج ببقائه، و هو الأصح لصحيح أبى بصير (۲)

و لعل فيما حضره من النسخه سقط.

و فى كشف اللثـام «عن أبى على أن له أى المولى أن يـدفعه إلى أوليـاء المقتول يخـدمهم حتى يموت المولى، ثم يستسـعى فى قيمته» قلت: لا بأس به مع التراضى.

و لكن فى المقنعه «إذا قتـل العبـد و المـدبر رجلاـ حرا خطأ فـديته على سـيديهما، فـان لم يؤدياه دفع العبـد و المـدبر إلى أولياء المقتول فاسترقوا العبـد و اسـتخدموا المدبر حتى يموت سـيده الذى دبره، فإذا مات سـيده خرج عن الرق إلى الحريه، و لم يكن لأحد عليه سبيل».

و قـال الشـيخ فى النهـايه: «إذا قتل مـدبر حرا كانت الـديه على مولاه الـذى دبره إن شاء أو يسـلمه برمته إلى أولياء المقتول، فان شاؤوا قتلوه إن كان قتل صاحبهم عمـدا، و إن شاؤوا استرقوه، و إن كان قتله خطأ استرقوه و ليس لهم قتله، و إذا مات الـذى دبره استسعى فى ديه المقتول و صار حرا» و فيه أنه مناف لما دل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبير الحديث ۲ و يذكره فيما يأتى فى الفرع الثالث وجها لمختار الدروس.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبير الحديث ۲ و يذكره فيما يأتى فى الفرع الثالث وجها لمختار الدروس.

على استرقاقه (۱)

الظاهر فى خروجه عن ملك مالكه و صيرورته رقا لولى المجنى عليه، من غير فرق بين القن و المدبر الذى هو كالقن أيضا خصوصا بعد

صحيح أبى بصير (۲) عن الباقر عليه السلام «سألته عن مدبر قتل رجلا عمدا فقال: يقتل به، قلت: و إن قتله خطأ فقال: يدفع إلى أولياء المقتول، فيكون لهم، فان شاؤوا استرقوه، و ليس لهم قتله، ثم قال: يا أبا محمد إن المدبر مملوك»

الذى قد اعترف غير واحد بأنه نص فى الباب.

و يمكن أن يكون مستند المفيد ره

حسن جميل (۳) عن الصادق عليه السلام «قلت له: مدبر قتل خطأ من يضمن عنه، قال: يصالح عنه مولاه، فان أبى دفع إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبره، ثم يرجع حرا لا سبيل عليه».

كما أنه يمكن أن يكون مستند الشيخ

خبر هشام بن أحمد (۴)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن مدبر قتل رجلا خطأ قال: أى شى ء رويتم فى هذا الباب؟ قال: قلت: روينا عن أبى عبد الله أنه قال: يرميه إلى أولياء المقتول، فإذا مات الذى دبره أعتق، فقال: سبحان الله تعالى، فيطل دم امرء مسلم؟! قلت:

هكذا روينا، قال: غلطتم، بل يرميه إلى أولياء المقتول، فإذا مات مدبره استسعى فى قيمته»

بل عن الشيخ فى كتابى الأخبار تقييد الخبر الأول بالثانى، و فى المختلف «هو مذهب الصدوق ره فى المقنع، و ليس بعيدا عن الصواب، لما فيه من الجمع بين الأخبار بما يناسب العتق».

قلت: لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، بل هو صريح كلام الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و غيره، نعم لا بأس بذلك إذا لم يرد ولى المقتول استرقاقه، و قد دفعه مولاه إليه باقيا على تدبيره و رضى هو بذلك.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۲- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۲- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب ديات النفس الحديث ۱ من كتاب الديات.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب ديات النفس الحديث ۵ من كتاب الديات.

و لعله لذا قال ابن إدريس فيما حكى عنه بعد أن ذكر كلام الشيخ فى النهايه:

«لا دليل على صحه هذه الروايه، لأنها مناقضه للأصول، و هو الخروج عن ملك من دبره و صار عبدا لأولياء المقتول، فمن أخرجه عن ملكهم بعد دخوله فيه يحتاج إلى دليل، و لا دليل على ذلك، و يمكن أن نحمل الروايه على أنه كان التدبير عن نذر واجب لا يجوز الرجوع فيه، فإذا كان ذلك و كان القتل خطأ فإنه بعد موت من دبره يصير حرا و يستسعى فى الديه- ثم قال-: و الأقوى عندى فى الجميع أنه يسترق سواء كان عن نذر أولا، لأن السيد ما رجع عن تدبيره، و إنما صار عبدا لحق».

قلت: بل من آخر كلامه يستفاد الحكم فى مسأله أخرى، و هو عدم الفرق فى الاسترقاق حيث يكون له بين الندب و الواجب و غيرهما، و لعله الموافق لإطلاقهم هنا إذ وجوبه لا ينافى استرقاقه بدليل آخر لا مدخليه للمدبر فيه، و الأصل براءه الذمه من وجوب فكه.

و لو قتل المدبر مولاه ففى القواعد «احتمل بطلان تدبيره مقابله له بنقيض مقصوده، كالوارث الذى يمنع من الإرث بقتله، و لأنه أبلغ من الإباق» و لكنه كما ترى لا ينطبق على أصولنا، فالمتجه الانعتاق للأصل و تغليب الحريه بعد منع القياس، و الأولويه.

و كذا لا ينطبق عليها ما فيها أيضا من أنه «لو دبر عبدين و له دين بقدر ضعفهما عتق من تخرجه القرعه قدر ثلثهما، و كان الباقى و الآخر موقوفا، فإذا استوفى من الدين شى ء أكمل من عتق من أخرجته القرعه قدر ثلثه، فان فضل عتق من الآخر، و هكذا حتى يعتقا معا أو مقدار الثلث منهما، و لو تعذر استيفاؤه لم يزد العتق على قدر ثلثهما، و لو خرج من وقعت القرعه له مستحقا بطل العتق فيه، و عتق من الآخر ثلثه» إذ هو كما ترى أيضا غير منطبق على أصولنا التى مقتضاها انعتاق ثلثيهما، ثم كل ما جاء من الذين يعتق منهما على السواء، و هكذا.

نعم لا بأس بما فيها من «لو دبر عبدا و كان له ابنان و له على أحدهما دين ضعف قيمته عتق من المدبر ثلثاه، لأن حصه المديون من الدين كالمستوفى، و سقط عنه من الدين نصفه، لأنه قدر حصته من الميراث، و يبقى منه للآخر النصف، و كلما استوفى منها شيئا عتق قدر ثلثه، و لو كان الضعف دينا عليهما بالسويه عتق الكل، و لا شى ء لأحدهما على الآخر، و لو تفاوتا فيه فبالنسبه إلى كل منهما» ضروره انطباق ذلك كله على أصولنا، و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا أبق المدبر بطل التدبير]

المسأله الثامنه قد عرفت أنه إذا أبق المدبر بطل التدبير نصا (۱)

و فتوى و إن صح تدبير الآبق، لإطلاق الأدله، بل قد عرفت أيضا أنه لو جعل خدمته لغيره مده حياه المخدوم ثم هو حر بعد موت ذلك الغير لم يبطل تدبيره بإباقه لصحيح يعقوب بن شعيب (۲)

السابق إلا أنك قد عرفت فيما مضى كون التحقيق عدم كون ذلك من التدبير، لا أنه تدبير مستثنى من إطلاق ما دل (۳)

على بطلانه بالإباق لو قلنا بشموله، إنما الكلام باقتضاء إباق المعلق عتقه على وفاه الزوج- أو مطلق الغير و قلنا إنه تدبير- البطلان أما على القول بعدم كونه تدبيرا كما سمعت تحقيق الحال فيه فلا إشكال فى عدم البطلان، بل قد يقوى ذلك على القول بأنه تدبير اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن الذى هو المعلق على وفاه المولى، خصوصا بعد التصريح بعدم البطلان فى المخدوم.

فما فى المسالك بعد الاشكال منه- «و لو قيل بقصر عدم البطلان على إباق من جعلت خدمته لغيره و علق تدبيره على وفاه المخدوم كان حسنا، لأن هذا الحكم قد صار على خلاف الأصل، فالنظر إلى قاعده الأصحاب فى المسأله و ظهور اتفاقهم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب التدبير.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب التدبير الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب التدبير.

على أن إباق المـدبر مبطل له إلا ما أخرجه الدليل»- لا يخلو من نظر، خصوصا بعد أن لم نتحقق ما ذكره من قاعده الأصـحاب و ظهور اتفـاقهم عليه، و إنمـا لهم كلاـم سـابق قبـل الخوض فى مسـأله الإبـاق دفعا للاسـتدلال على عـدم كونه تـدبيرا بما تضـمنه الصـحيح المزبور من عدم البطلان بإباق المعلق على وفاه المخدوم على وجه لا يكون إجماعا بحيث يعتمد عليه فى إثبات حكم مخالف للأصل بعد فرض خلو النصوص عما يقتضى الشمول لمثل ذلك، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[فروع أربعه]

[الفرع الأول إذا استفاد المدبر مالا بعد موت مولاه فان خرج المدبر من الثلث فالكل له]

فروع أربعه:

الأول:

إذا استفاد المدبر مالا بعد موت مولاه فان خرج المدبر من الثلث فالكل له لكونه حينئذ حرا فكسبه له و إلا كان له من الكسب بقـدر ما تحرر منه و الباقى للورثه بلا خلاف و لا إشكال فى شـى ء من ذلك، هـذا إذا كان عتقه معلقا على وفاه المولى، أما لو كـان معلقـا على وفـاه غيره كالمخـدوم و تـأخر موته عن موت المولى فإنه باق على الرقيه إلى أن يموت المخـدوم، فكسبه لهم مطلقا إلى حصول المعلق عليه.

و هـل يجوز للوارث الرجوع فى تـدبيره كما كان ذلك جائزا للمولى؟ توقف فيه فى المسالك أولا من إطلاق جواز الرجوع فى التـدبير، و من اختصاص ذلك بمن باشـر التـدبير، و لـذا لم يجز للمـدبر أن يرجع بالأولاد، لعـدم مباشـرته لتدبيرهم، ثم مال إلى الجواز لقيام الوارث مقام الموروث، و لأنه يرث الحقوق التى له كحق الشفعه و الخيار و غيرهما من الحقوق الماليه، و لأن الناس مسلطون على أموالهم.

لکن قد یقوی خلافه، للأصل الذی خرجنا عنه فی المدبر للنصوص (۱)

الداله علیه الظاهره فی کونه موصیا أو بمنزله الموصی فی ذلک المقتضیه لعدم جواز تبدیل وصیته و وجوب إبقائها، إذ هو حینئذ کمن أوصی بشی ء تأخر وقته مثلا، و الله العالم.

[الفرع الثانی إذا کان له مال غائب بقدر قیمته مرتین]

الثانی:

إذا کان له مال غائب بقدر قیمته مرتین و کان قد دبر عبدا ثم مات تحرر ثلثه معجلا وفاقا للأکثر، لوجود للمقتضی فیه بلا مانع، و وقف الثلثان، ثم کل ما حصل من المال شی ء تحرر من باقی المدبر بنسبته، فلو فرض أن قیمته مأه مثلا و المال الغائب مأتان و قد حصل منه مأه تحرر منه ثلثاه و إن تلف المائتان مثلا استقر العتق فی ثلثه خاصه، و علی هذا فثلث اکتسابه بعد موت السید له، و یوقف الباقی، فإن وصل المال إلی الوارث تبین عتقه أجمع و تبعه کسبه.

و فی غایه المراد و المسالک ذکر ذلک أحد الوجهین، و الثانی أنه لا ینعتق حتی یصل المال إلی الورثه، لأن فی تنجیز العتق تنفیذ التبرع فی الثلث قبل تسلط الورثه علی الثلثین، إذ لا بد من التوقف فی الثلثین إلی أن یتبین حال الغائب، و حینئذ فینعتق منه فی المثال المزبور إذا حصلت مأه نصفه لا ثلثاه، لحصول مثلیه حینئذ للوارث، و فی غایه المراد «ربما أمکن احتمال المراعاه» و فی المسالک «ربما یخرج علی الوجه الثانی أن للوارث التصرف فی الثلثین، کما یحکم بعتق الثلث مراعاه للحقین المتلازمین، فان حضر الغائب نقض تصرفه، و إلا صح خلاف ذلک کله».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب التدبیر.

و فيه أنه وجه لتخريـج ذلك على الوجه الثانى الـذى هو عـدم الحكم بتعجيل عتق ثلثيه، نعم هو احتمال على الوجه الأول، بل لا يخلو من قوه، ضروره كونه مقتضى أصاله عدم وصول المال المقتضى لحريه الثلثين، و كون الحكم شرعا بانعتاقه من الثلث واقعا و الفرض عدم العلم لا ينافى العمل بما تقتضيه الأصول، لأنه و إن لم (۱) يتشخص بها كون الثلث الموجود خصوصا مع ملاحظه الضرر على الوارث بالتعطيل فتأمل جيدا.

و منه يعلم مـا فى قوله: «و كمـا يوقف كسـبه فى الثلثين قبـل وصول المـال يوقف نفقته، بمعنى أنه ينفق عليه منه، فـإن وفى و إلا أكمـل الوارث، فـان حضـر المـال و أعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها» مضافا إلى ما فيه أيضا من منع إلزام الوارث بالإكمال بناء على الإيقاف، نعم يتجه ذلك بناء على العمل بالأصول إلى أن يتبين الحال، و الله العالم.

۱- ۱ هكذا فى النسخه الأصليه: المسوده و المبيضه، و الظاهر زياده كلمه «و ان».

[الفرع الثالث إذا كوتب ثم دبر صح]

الفرع الثالث:

إذا كوتب ثم دبر صح لإطلاق الأدله مع عدم منافاتها له، ضروره عدم خروجه بها عن ملك السيد، فيشمله حينئذ إطلاق أدله التدبير كما لو أعتقه حالها، و حينئذ فيجتمع عليه الأمران: التدبير و الكتابه فإن أدى مال الكتابه قبل موت المولى عتق بها أى بالكتابه و إن تأخر حتى مات المولى عتق بالتدبير إن خرج من الثلث لعموم أدلته و كسبه له حال حياه المولى على الأقوى، لأنه مكاتب، بل فى المسالك «فى بطلان الكتابه حينئذ وجهان، مثلهما ما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، و الوجه أنها لا تبطل للأصل، فان بقى من الأحكام شى ء يتوقف عليها تأدى بها» قلت: ستعرف تحقيق ذلك فى الكتابه إنشاء الله.

و على كل حال ف الا ـ يخرج من الثلث عتق منه الثلث و سقط من مال الكتابه بنسبته أى ثلثهما فى الفرض، لحصول تحريره بالتدبير لا بها و كان الباقى مكاتبا يؤدى للورثه ما عليه، هذا كله فى التدبير بعد الكتابه.

أما لو دبره ثم كاتبه كان نقضا للتدبير عند الشيخ و الأكثر، لأن التدبير وصيه، و هى تبطل فيما لو فرض وصيته بعبد لإنسان ثم يكاتبه، و لأن العبد بالكتابه يكون مالكا لنفسه، فكان السيد زال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باعه.

و لكن فيه إشكال (۱۱) لإمكان منع كونه بحكم الوصيه فى الحكم المزبور، بل هو عتق معلق لا منافاه بينه و بين الكتابه كما فى الصوره الأولى، و ليست الكتابه مخرجه للعبد عن ملك السيد و إلا لم يجز تدبيره فى الصوره الأولى.

و منه يعلم ما فى التعليل الثانى، فيكون حينئذ مدبرا و مكاتبا يجرى عليه

ما سمعته من الحكم فى الصوره الأولى، حتى مع الإطلاق و اشتباه الحال فضلا عما لو صرح بعدم إراده الرجوع بالكتابه.

و لعله لذا كان المحكى عن ابنى الجنيد و البراج ذلك، بل سمعت اختياره فى الدروس ل

صحيح أبى بصير (۱) الذى هو «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد و الأمه يعتقان عن دبر فقال: لمولاه أن يكاتبه إن شاء»

بل لعله المراد من قول على عليه السلام فى

خبر وهب (۲) السابق: «لا يباع المدبر إلا من نفسه»

بل قد سمعت احتمال كونه المراد من النصوص (۳)

المجوزه لبيعه بشرط رضاه، و حينئذ فالأقوى الجواز، و الله العالم.

ثم لا يخفى عليك أن ذلك كله فى عقد الكتابه بعد التدبير، أما لو دبره ثم قاطعه على مال ليعجل له العتق لم يكن إبطالا للتدبير قطعا لأن غايته الوعد بتعجيل العتق على تقدير فعل إذ المقاطعه غير لازمه لأحدهما، فلا تكون منافيه، و حينئذ فالمال الذى يكتسبه العبد للمقاطعه ملك للمولى، كما هو واضح و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبير الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب التدبير الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب التدبير الحديث ۴ و ۵ و الباب- ۷- منها الحديث ۱.

[الفرع الرابع إذا دبر حملا صح]

الرابع:

إذا دبر حملا صح منضما أو منفردا كما يصح عتقه، لإطلاق الأدله، إذ هو آدمی مملوک و لکن لا یسری تدبیره إلی امه للأصل و غیره، و یجری علیه نفسه حکم التـدبیر و حینئـذ ف لو رجع فی تـدبیره بالقول أو بالفعل کما لو صالـح عنه صح بلا خلاف فیه عنـدنا، نعم لا بد من معرفه صـلاحیته للتدبیر حینه فإن أتت به لأقل من سـته أشـهر من حین التدبیر صح التدبیر فیه لتحققه حینئذ وقت التـدبیر و إن کان لأزیـد من أکثر الحمل لم یصح، لتبین عدم وجوده حینئذ و إن کان لأکثر من السـته و لم یتجاوز أقصـی الحمل لم یحکم بتدبیره لاحتمال تجدده و توهم الحمل (۱۱) بل الأصل تأخره کما ذکرنا ذلک غیر مره.

نعم فی المسالـک «ینبغی الفرق بین مـا إذا کـانت خـالیه من فراش و عـدمه، کما سـبق فی نظائره، لأن الأصل المزبور و إن کان واقعا فی الحالین إلا أن الظاهر یعارضه، و أصاله عدم وطء متجدد و صـیانه حال المسلمه علی تقدیره من الحمل علی الزنا» و فیه ما عرفته غیر مره من أن ذلک لا یشخص وجوده حال الإیقاع و الله العالم.

[كتاب المكاتبه]

اشاره

و أما المكاتبه: التى هى فى الأصل مصدر- كالكتابه من الكتب- بمعنى الضم و الجمع، يقال: كتبت القربه إذا وكئت رأسها، و منه الكتابه، لما فيها من ضم الحروف بعضها إلى بعض، و الكتبه لانضمام بعضهم إلى بعض، و عرفا اسم للعقد الخاص أو للأثر الحاصل منه أو لغير ذلك مما سمعته مكررا فى نظائرها، و كان وجه المناسبه ما فيها من انضمام النجم إلى النجم، أو لكتب كتاب بينهما بالعتق إذا أدى، أو لا- يجاب المولى على نفسه ذلك من «كتب» أى «أوجب» أو لأنها توثق بالكتابه باعتبار كون عوضها مؤجلا- من شأنه الاستيثاق بالكتابه موافقا لقوله تعالى (١) «إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» و الأصل فى مشروعيتها قوله تعالى (٢) «وَ الَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ فَكاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً وَ آتُوهُمْ مِنْ مالِ اللَّهِ الَّذِی آتاكُمْ» مضافا إلى إجماع المسلمين و السنه المتواتره (٣).

و على كل حال ف تمام الكلام فيها يستدعى بيان أركانها و أحكامها و لواحقها.

[الأول فى الأركان]

[الصيغه]

أما الأركان فالصيغه و الموجب و المملوك و العوض إلا أنه ينبغى أن يعلم أولا

أن الكتابه مستحبه عندنا ابتداء مع الأمانه أى الديانه و الاكتساب أى المال المفسر بهما الخير فى الآيه فى

صحيح الحلبى (۴) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً إن علمتم لهم دينا و مالا»

و فى

صحيح

١- ١ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٨٢.

٢- ٢ سوره النور: ٢۴- الآيه ٣٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من أبواب المكاتبه.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ١- من أبواب المكاتبه الحديث- ١.

ابن مسلم (۱) عنه علیه السلام أیضا «الخیر أن یشهد أن لا إله إلا الله، و أن محمدا رسول الله، و یکون له بیده عمل یکتسب به، أو یکون له حرفه»

و فی

خبر العلاء (۲) عنه علیه السلام أیضا «إِنْ عَلِمْتُمْ فِیهِمْ خَیْراً: إن علمتم لهم مالا»

و فی

صحیح ابن مسلم (۳) عن أحدهما علیهما السلام «الخیر: إن علمت أن عنده مالا»

و فی

صحیح الحلبی (۴) عن الصادق علیه السلام أیضا «إن علمتم لهم مالا»

و عن المقنع أنه روی (۵) فی تفسیرها «إذا رأیتموهم یحبون آل محمد صلوات الله علیهم فارفعوهم درجه»

بل فی

موثق سماعه (۶)

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن العبد یکاتبه مولاه و هو یعلم أن لیس عنده قلیل و لا کثیر، قال: یکاتبه و إن کان یسأل الناس، و لا یمنعه المکاتبه من أجل أنه لیس له مال، فان الله یرزق العباد بعضهم من بعض، و المؤمن معان، و یقال المحسن معان»

و عن الشیخ روایته «و المحسن معان».

و منه یعلم استحباب أصل الکتابه و إن لم یسألها العبد مع عدم الکسب فضلا عن الکسوب، نعم

قوله: «و المؤمن معان»

مشعر بکونه مؤمنا مؤیدا بما سمعته من مرسل الصدوق ره، کما أنه یؤید أصل ندبها کونها إحسانا و ضربا من ضروب العتق الذی قد سمعت شده الحث علیه، خصوصا بالنسبه إلی المؤمن، و خصوصا إذا کان قابلا للقیام بنفسه، و لولا ذلک لأشکل إثبات الاستحباب ابتداء و إن نفی عنه الخلاف فی الریاض، ضروره اختصاص النصوص المفسره للخیر فیها بالذین یبتغون الکتاب من الممالیک، و إن کان قد یشعر ذکرهم الأمرین و تعرضهم للنصوص المفسره للخیر بهما بأن نظرهم إلیها، إلا أنه کما تری لا دلاله فی الجمیع علی الاستحباب ابتداء، نعم بناء علی استفاده ندبها من غیرها یحمل ما فیها حینئذ علی تأکد الاستحباب بالالتماس بعد الإجماع منا علی عدم وجوبها، خلافا لبعض العامه، مضافا إلی ما ورد من أن الأمر فیها أحد الأوامر الأربعه المراد

بها الندب فى الكتاب.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۳.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۷.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

و حينئذ يتجه قول المصنف و غيره: إنه يتأكد استحبابها بسؤال المملوك لكن قوله و لو عدم الأمران كانت مباحه و كذا لو عدم أحدهما لا يخلو من نظر، ضروره التصريح بالأمر بها فى الموثق (۱)

بل و النهى عن منعه إياها مع عدم المال (۲) و لذا قال فى النافع: «الكتابه مستحبه مع الديانه و إمكان التكسب، و تتأكد بسؤال المملوك، و تستحب مع التماسه و لو كان عاجزا».

و ما فى الرياض- من المناقشه فيه «باحتمال ورود الأمر فيه مورد توهم الحظر فلا يفيد سوى الإباحه على الأصح كما قرر فى محله- إلى أن قال-:

و كيف كان فيستفاد منه الإباحه فى هذه الصوره و عليها أكثر الطائفه، و عن المبسوط القول بالكراهه، و لا وجه له»- واضح الفساد، خصوصا مع معروفيه رجحان فك المؤمن من الرقيه، و قد سمعت ما فى المرسل (۳)

بل ظاهر المرتضى فى الانتصار أن الخير فى الآيه (۴) الدين، و لعله الموافق ل

قولهم فى الدعاء للمؤمن: «اللهم إنا لا نعلم منه إلا خيرا»

أو للعرف، فإنه يقال للمؤمن: إنه علم منه خير، بل لا يقال لغيره: إنه علم منه خير و إن كان كثير المال، كما اعترف به المرتضى.

و من ذلك يعلم ما فى المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الخبر (۵) المختصر فى تفسير الخير على المال قال: «و رجحه بعضهم بأن فيه استعمال المشترك فى أحد معنييه، و فى الأول استعماله فيهما، و هو مجاز على أشهر القولين لا يصار إليه بدون القرينه، و يضعف بأن القرينه موجوده، و هى الروايه الصحيحه، و لا تعارضها الأخرى، لأن اشتمالها (۶) على إثبات شرط آخر، و المثبت مقدم، نعم يمكن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۷.

۴- ۴ سوره النور: ۲۴- الآيه ۳۳.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۶- ۶ هكذا فى النسخه الأصليه. و فى المسالك «و لا تعارضها الآخر، لاشتمالها.».

إثبات أصل الاستحباب بوجود المال أعنى القدره على كسبه عملا بالروايه الصحيحه، و يتأكد الاستحباب مع وجود الوصفين نظرا إلى الخبر الآخر (۱)

إلا أن قول المصنف: «و لو عدم الأمران كانت مباحه، و كذا لو عدم أحدهما» ينافى ذلك، و لو فقد الشرطان معا لم يستحب لعدم المقتضى له، حيث إن الأمر مخصوص بالخبر المفسر بهما أو بالثانى، و لو اتصف بالأول خاصه و هو الأمانه لم يستحب، لعدم المقتضى له، و ربما قيل بالاستحباب أيضا، لاستعمال الخير فيه وحده فى قوله تعالى (۲) فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ» يعنى عملا صالحا و هو الدين، و قوله تعالى (۳) «وَ الْبُدْنَ جَعَلْناها لَكُمْ مِنْ شَعائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيها خَيْرٌ» أى ثواب، كما أريد بالخير المال وحده فى قوله تعالى (۴) «وَ إِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ» و قوله تعالى (۵) «إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ» و يضعف بأن استعمال المشترك فى أحد معنييه لا يجوز بدون قرينه كاستعماله فى المعنيين، و هى منتفيه فى جانب الدين وحده بخلاف المال، فقد يرجح جانبه بالروايه الصحيحه، و التحقيق أن إطلاق اسم الخير على المعنيين المرادين هنا مجاز، لأنه فى الشواهد إنما استعمل فى العمل الصالح و الثواب و نفس المال، و المراد هنا الأمانه و القدره على التكسب، و هما ليستا عملا صالحا و لا ثوابا و لا مالا حقيقه، و إنما يكون التكسب سببا فى المال، و إطلاق اسم السبب على المسبب مجاز، كما أن إطلاق الأمانه القلبيه على الأعمال الصالحه المتبادر منها إراده اعمال الجوارح أو الثواب عليه و لا يعرفه إلا الله تعالى مجاز أيضا، و حينئذ فإطلاقه عليهما أو على أحدهما موقوف على النقل، و هو موجود فى إرادتهما و إراده

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

۲- ۲ سوره الزلزله: ۹۹- الآيه ۷.

۳- ۳ سوره الحج: ۲۲- الآيه ۳۶.

۴- ۴ سوره العاديات: ۱۰۰- الآيه ۸.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۸۰.

الثانی منهما دون الأول، فکان العمل به متعینا، و حیث یفقد الشرطان أو الأول منهما تکون مباحه، و لا تکره للأصل، و قیل تکره حینئذ، و قواه فی المبسوط».

و فیه- بعد الإغضاء عن منافاه ما ذکره أولا لقوله أخیرا «أو الأول منهما»- أن الموثق (۱)

المؤید بما عرفت کاف فی إراده المؤمن و لو غیر ذی المال الذی هو أولی قطعا من إراده ذی المال خاصه، بل ظاهر انتصار المرتضی أنه المراد بالخیر فی الآیه (۲) لا ذو المال خاصه کما توهمه بعض العامه، فإنه یصدق علیه أن فیه خیر بخلاف الکسوب غیر المؤمن، فلا ریب فی أولویه ذلک خصوصا بعد معلومیه مرجوحیه فک رق غیر المؤمن أو حرمته.

بل لعل ترک ذکر الدین فی خبری المال (۳)

اتکالا علی الظهور، و لا أقل من حملهما علی المقید بذکره مع الدین و إن لم نقل بحمل المطلق علی المقید فی المندوبات، لکن فی خصوص المقام باعتبار ما تقدم من النهی فی النصوص عن عتق غیر المؤمن (۴).

لا یقال لم یذکر کون المکاتب مؤمنا فی الموثق لأن تعلیله أخیرا بناء علی إراده العبد منه أو مع المولی ظاهر فی ذلک، نعم لیس فیه اعتبار سؤال العبد کما سمعته من النافع، و من هنا قلنا باستحباب الکتابه ابتداء مع الأمرین و یتأکد بالسؤال، و إلا فقد عرفت أن الآیه (۵) و نصوص تفسیر الخیر (۶)

فیها فی خصوص

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲ و ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۷- من کتاب العتق الحدیث ۳.

۵- ۵ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المکاتبه.

السائلين، و لا ينافى ذلك عدم تعرض الموثق للمؤمن الكسوب، لإمكان استفادته بالأولويه.

و بذلك كله يظهر لك النظر فى جمله من الكلمات، خصوصا ما فى الرياض الذى جعل الأمر فى الموثق المزبور للإباحه باعتبار توهم الحظر إذ بناء على ذلك لا دليل على استحباب الكتابه ابتداء من غير سؤال، و الله العالم.

و كيف كان فهى ليست عتقا بصفه كما عن بعض العامه، لعدم صدقه عليها عرفا، و عدم قصده فى عقدها، و الاتحاد فى الغايه أو فى بعض الأحكام لا يقتضى الاندراج فى الاسم، و إلا لدخل كثير من المعاملات فى آخر.

و لا بيعا للعبد من نفسه كما عن التقى و ابنى زهره و إدريس و ظاهر على ابن إبراهيم فى تفسيره بل هى معامله مستقله خارجه عن قياس المعاملات من جهه أنها دائره بين السيد و عبده، و أن العوضين للسيد، و أن المكاتب على مرتبه متوسطه بين الرق و الحريه، و ليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك، و لذا كانت تصرفاته مردده بين الاستقلال و نقيضه كما ستعرف، إلا أن الحاجه لما كانت داعيه إليها- فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجانا و المملوك لا يشمر للكسب ما لم يكاتب تشميره إذا كوتب- شرعها الشارع و رتب عليها أحكاما، و من هنا اغتفر فيها ما لا يغتفره فى غيرها، نحو اغتفاره الجهاله فى ربح القراض و عمل الجعاله.

و على كل حال فهى بعيده عن شبه البيع الذى يقتضى المغايره بين البائع و المشترى، و المبيع هنا هو المشترى، و يقتضى قبول المشترى للملك، و هو منتف عن المملوك، و يقتضى كون العوض ملكا للمشترى و المعوض ملكا للبائع، و هنا الأمران للمولى، على أن البيع انتقال عين مملوكه من شخص إلى آخر، فلا- بد من تحقق اضافه الملك بين المشترى و المبيع، و هو منتف هنا لتوقف الإضافه على تغاير المضافين المفقود فى المقام، و لأن ملك العبد يتوقف على حريته، و حريته موقوفه على تملكه فيدور، و لأن السيد لا يباع عبده، و من ثم لا يصح بيعه مالا

آخر قولا- واحدا، و لأنه لو كانت بيعا لثبت المال فى ذمته و عتق فى الحال، كما لو أعتق على مال، إلى غير ذلك مما لا يخفى من المنافيات لاندراجها فى البيع حقيقه.

مضافا إلى صحه السلب و تغاير المفهوم عرفا و إطلاق الاسم عليها فى بعض النصوص لضرب من المجاز لا يقتضى اندراجها فيه حقيقه و إلا- لكان الصلح أولى بذلك، ضروره كثره إطلاق البيع و الشراء على موارده، فليس حينئذ الإطلاق المزبور إلا على وجه التشبيه البليغ لا الحقيقه.

و من هنا قال الشيخ: الكتابه تفارق البيع من وجوه: (أحدها) أن الكتابه لا- بد فيها من أجل و البيع لا يفتقر إليه، و (منها) أن الكتابه يمتد فيها خيار العبد و البيع لا يمتد فيه خيار الشرط، و (منها) أن للبائع أن يشترط لنفسه الخيار، و ليس للسيد أن يشترط، و يتفقان فى أن الأجل فيهما لا بد أن يكون معلوما، و لا يصح كل واحد منهما إلا بعوض معلوم، و إن كان الاختلاف المزبور لا ينافى كونها من البيع حقيقه، إذ الأجل على تقدير اعتباره يكون فيها كاعتباره فى السلم من البيع الذى قيل فيه بعدم اعتباره فيه، نحو ما تسمعه فيها أيضا، و امتداد خيار العبد على القول به كامتداد خيار المجلس بامتداده، و خيار الشرط باشتراطه مده مديده، و اشتراط الخيار لنفسه فيها ستعرف الكلام فيه إنشاء الله، إنما العمده ما ذكرناه من ثبوت تغاير مفهومها مع مفهومه عرفا.

و حينئذ فلو باعه نفسه بثمن مؤجل لم يصح كتابه، لما عرفت من عدم كونها من أفراده و إلا لصح و إن لم يقصدها كما يصح البيع فى مورد السلم سلما و إن لم يقصده سلما.

و ما عن المبسوط- من جواز وقوعها بلفظ البيع لإفاده المراد و إن قلنا إنها ليست بيعا- مبنى على جواز استعمال اللفظ مجازا فى العقد كما ذكرنا قوته غير مره، و لا ينافى ذلك مناسبتها له فى المفهوم أو مبنى على جواز ذلك بيعا لا كتابه،

إذ لاـ تلازم بين عـدم كون الكتابه بيعا و بين جواز بيع العبـد من نفسه بثمن مؤجل، فيثبت له حينئـذ أحكام البيع لا الكتابه، كما يومئ إليه مـا فى الـدروس، فـإنه ذكر فروعـا متصـله بالمسأله الأـول منهـا، قـال: «إن جوزنـا بيعه عليه فإذا قال: بعتك رقبتك أو نفسك بكذا فقبل عتق كشـراء القريب، و لا ولاء عليه إلا مع الشـرط عند الشـيخ كما مر و يشـكل ببعد ملك الإنسان نفسه، و لو صح فكيف يكون الولاء للبائع مع أنه لم يعتقه، و الاشتراط يخالف

قوله صلى الله عليه و آله (۱)

الولاء لمن أعتق»

قلت: و لاـ يـدفع الإشـكال الأول كونه كبيع ما فى الـذمه على الإنسان نفسه، لأن ذلك مرجعه إلى الإسـقاط بعـد قابليه المشترى لأصل قبول البيع بخلاف الفرض، فإن قابليه شـراء العبـد نفسه مفقوده، و دعوى صـيرورته قابلا ذلك بعقـد البيع معه- على معنى حصول القابليه و الانعتاق دفعه بالقبول- كما ترى، و إطلاق لفظ البيع لا يقتضى صحه ذلك.

فـالتحقيق عـدم صـحه ذلـك بيعـا أيضـا فضـلا عن أن يكون من الكتابه التى لا يتصور كونها من البيع بالمعنى المزبور فى كتاب البيع، بـل ظنى أن القائـل بأنهـا من البيع لم يرد أنهـا فرد حقيقه من البيع بالمعنى المعهود الـذى لا يخفى مباينته لها، و لا أن البيع مشترک لفظا بين مفهومها و بين غيرها، ضـروره عدم اقتضاء ذلک ثبوت أحكام البيع من خيار المجلس و نحوه مما كان العنوان فيه البيع، بل يريـد أن البيع للأعم من ذلک و ما يشـملها، نحو ما سـمعته فى بيع الخدمه، بل و فى بيع العريه و حينئذ فلا يرد عليه كثير ممـا سـمعته، نعم يـدفعه تحقق التبـاين عرفـا بين المفهومين و عـدم قـدر مشترک بينهمـا على وجه يشتركـان فيمـا يثبت من الأحكام التى عنوانها البيع، كخيار المجلس و نحوه، و الاشتراک اللفظى لا يفيد ذلک، بل لا ثمره فى النزاع فيه، كما هو واضح.

و بذلک يظهر لک أنه لا يثبت مع الكتابه خيار المجلس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۷- من كتاب العتق الحديث ۱ و ۲.

الذی عنوانه البیعان بالخیار ما لم یفترقا، و کذا الکلام فی غیره من الأحکام.

هذا و فی الدروس قال: «الثانی- أی من الفروع المزبوره- لو قال له:

أنت حر علی ألف درهم أو إن أعطیتنی ألفا فأنت حر قیل: یبطل، لأن العبد لا یملک، و الثانی تعلیق، و یمکن إلحاقهما بالکتابه».

قلت: لم أجد ذلک لأحد من الخاصه، نعم هو فی بعض کتب الشافعیه، و مرجعه إلی مشروعیه هذین القسمین کمشروعیه الکتابه، و هو کما تری لا یوافق أصولنا التی منها حرمه القیاس، نعم قد یقال بصحه الأول باعتبار کونه شرطا فی العتق، و قد عرفت صحته، و الثانی بناء علی صحه التعلیق، و لیس من الکتابه فی شی ء قطعا، و لا من ملحقاتها، کما هو واضح، و الله العالم.

و کیف کان ف لا تصح من دون الأجل علی الأشهر الأشبه بأصول المذهب و قواعده التی منها أصاله بقاء العبد علی الرقیه التی لا یعارضها إطلاق الکتابه فی الکتاب (۱) و السنه (۲)

بعد دعوی دخول الأجل فی مفهومها أو احتماله احتمالا مساویا لعدمه، أو انسیاق المؤجل منها، خصوصا بعد ملاحظه النصوص (۳)

التی تعرضت لأحکامها، فإنه یظهر منها المفروغیه من کونها مؤجله، حتی

ورد عن الصادق علیه السلام فی خبر العلاء (۴) فی تفسیر قوله تعالی (۵): «وَ آتُوهُمْ مِنْ مالِ اللَّهِ» قال: تضع عنه من نجومه التی لم تکن ترید أن تنقصه منها»

و ورود عنه علیه السلام أیضا فی صحیح معاویه بن وهب (۶) فی حدیث المکاتبه «قلت:

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المکاتبه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴ و ۵- من أبواب المکاتبه.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲.

۵- ۵ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

فمـا حـد العجز؟ قـال: إن قضاتنـا يقولون: إن عجز المكـاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآـخر حتى يحول عليه الحول، قلت: فما تقول أنت؟ قال: لا و لا كرامه، ليس له أن يؤخر نجما عن أجله إذا كان فى شرطه»

إلى غير ذلك من النصوص الظاهره فى كون بناء الكتابه على ذلك.

و لعله إليه يرجع الاستدلال على ذلک بإيقاع السـلف من عهد النبى صلى الله عليه و آله و سلم و بعده، فإنهم لا يعقدون الكتابه إلا على عوض مؤجل على وجه يقتضـى عـدم جواز غيره، فكان إجماعا، فلا يرد حينئـذ عدم عدم اقتضاء ذلک بطلان الحال، إذ عدم استعمالهم له أعم من البطلان.

كما أن ما ذكر أيضا من الاستدلال بأنه على تقدير الحلول يتوجه المطالبه فى الحال و هو عاجز عن الأداء حينئذ، فيكون كالسلم فى شـى ء لا يوجـد عنـد الحلول، فلا بـد من ضـرب أجل له يوجـد فيه لئلا يطرق إليه الجهاله الـداخله فى الغرر المنهى عنه (۱) فيرجع إلى إراده عدم ثبوت شرعيه الحال الذى لا يتمكن منه العبد غالبا، و احتماله فى بعض الأفراد على بعض الأحوال خصوصا إذا كـان مبعضـا و كوتب على الجزء الآـخر لاـ ينـافى حكمه شـرعيه الأجل الـذى تخرج به المعامله عن كونها سـفهيه و عن غير المقدور عليها و نحو ذلک.

فما عن الشـيخ فى الخلاف و ابن إدريس و يحيى بن سـعيد من عدم اعتبار الأجل للإطلاق لا يخلو من نظر و إن اختاره الفاضـل فى القواعـد و ثانى الشـهيدين فى المسالک، بل الأولى اعتبار أجل يتمكن فيه من أداء المال عاده، فلا يكفى غيره على الأحوط، و الله العالم.

و لا خلاف فى أنه يفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب و القبول و لو على جهه المعاطاه كغيرها من العقود بناء على عموم شرعيتها، و إن كان لا يخلو جريان المعاطاه هنا من إشكال لعدم ثبوت سيره عليها، نعم أقواه الثبوت عند بعض، للصدق عرفا و إن كان فيه ما فيه، كما تقدم فى نظائره.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۳۸.

و كيف كان ف يكفى فى عقد المكاتبه أن يقول كاتبتك مع تعيين الأجل و العوض و يقول العبد: «قبلت» و هل يفتقر إلى قوله فإذا أديت فأنت حر مع نيه ذلك فى إيجاب المكاتبه؟ قيل و القائل الشيخ فى محكى الخلاف:

نعم بل هو الظاهر من كلام ابن إدريس، لاشتراك لفظ المكاتبه بين المراسله و المخارجه و بين المكاتبه الشرعيه، فلا بد من مائز باللفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح.

و قيل و القائل هو فى المبسوط و الأكثر بل جعله فى الأول هو مقتضى مذهبنا بل تكفى النيه مع العقد، فإذا أدى عتق سواء نطق بالضميمه أو أغفلها و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأصاله عدم الاشتراط بعد دلاله إنشاء عقد المكاتبه الذى غايته ذلك عليه، بل هو كغيره من الغايات المترتبه على العقود التى من المعلوم عدم وجوب ذكرها، بل المتجه عدم الاحتياج إلى نيه ذلك و إخطاره فى البال، للاكتفاء بالإنشاء المزبور، لكونه صريحا فى ذلك، و إلا لم يجز حتى مع النيه، بناء على عدم جواز الكنايه فى العقد و إن كان قد تكرر منا ذكر الاشكال فيه باقتضاء إطلاق الأدله جواز العقد باللفظ الحقيقى و المجازى، إذ ليس هو إلا كغيره من المقاصد التى تبرز بهما، كما تقدم ذلك منا غير مره.

و أصل الخلاف فى هذه المسأله إنما هو من الشافعى و أبى حنيفه، و أوجب الأول التصريح باللفظ المزبور، و لم يكتف بنيته، كما لا تكفى نيه الإيجاب عن التصريح بما يدل عليه، و اكتفى الثانى بلفظ «كاتبتك» عن غيره، لأنه صريح فى ذلك: ضروره كون المراد من اللفظ المستعمل فى إيجاب العقد ما يقتضى الحريه بعد الأداء، كما أن المراد منه على فرض كونها بيعا معنى «بعتك» و على فرض كونها عتقا بصفه أنت حر بعد أدائك، و استعمال المكاتبه بمعنى المراسله و المخارجه غير قادح فى الصراحه عند إراده إنشاء عقد المكاتبه بها، بل لعل ألفاظ العقود و الإيقاعات جميعها كذلك، إذ مع قطع النظر عن الإتيان بها حال إراده

الإنشاء لا تدل على العقد المخصوص و لا الإيقاع كذلك، لأنها مشتركه بين الإخبار و الإنشاء مثلا إلا أنها صريحه فی معناها فی مقام الإنشاء.

و ربما يؤيد ما ذكرنا التأمل فيما تسمعه من النصوص (۱)

الكثيره المشتمله على اشتراط الرد فی الرق مع العجز الظاهره فی اقتضاء المكاتبه الحريه بقدر ما أدى مع عدم الشرط المزبور، بل كاد يكون صريح بعضها الاجتزاء بقول:

«كاتبتک» مع ذكر الأجل و العوض، بل هی ظاهره فی كون ذلک من مفهوم المكاتب و المكاتبه، بل من مفهوم كاتبتک المستعمله فی إنشاء العقد إن لم يرد منها التحرير بعد الأداء، فلا ريب فی إراده جعلتک مكاتبا فيها، و النصوص المزبوره ظاهره فی أن المكاتب إن لم يشترط عليه الرد فی الرق مع العجز تحرر منه بقدر ما أدى، و دعوى اعتبار قول: «فإذا أديت فأنت حر» مع قول: «كاتبتک» و ذكر الأجل و العوض فی لحوق وصف المكاتب له ظاهره الفساد، ضروره صراحه كل صيغه مشتقه من اسم المعامله الخاصه فی تمام معناها، كما فی «بعت» و «صالحت» و «أنكحت» و غيرها.

فمن الغريب ميل الفخر و تلميذه الشهيد فی نكت الإرشاد إلى اعتبار اللفظ المخصوص. مضافا إلى الصيغه المشتمله على ذكر الأجل و العوض، بل ظاهر الثانی منهما أن ذلک من تتمه الإيجاب، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف بيننا فی أن الكتابه قسمان: مشروطه و مطلقه و فی أن المطلقه أن يقتصر على العقد و ذكر الأجل و العوض و النيه بالمعنى الذی تقدم و المشروطه أن يقول مع ذلک: «فان عجزت فأنت رد فی الرق» و حينئذ فمتى عجز كان للمولى رده رقا، و لا يعيد عليه ما أخذ

قال أبو جعفر عليه السلام فی صحيح ابن مسلم (۲): «إن المكاتب إذا أدى شيئا أعتق بقدر ما أدى إلا أن يشترط مواليه إن عجز فهو مردود، فلهم شرطهم»

و فی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث- ۲.

صحیحه الآخر (۱) عنه علیه السلام أیضا «فی مکاتب شرط علیه إن عجز أن یرد فی الرق، قال: المسلمون عند شروطهم»

و قال الصادق علیه السلام فی صحیح الحلبی (۲)

«فی المکاتب إذ أدی بعض مکاتبته إن الناس کانوا لا یشترطون و هم الیوم یشترطون، و المسلمون عند شروطهم، فان کان شرط علیه إن عجز رجع، و إن لم یشترط علیه لم یرجع»

و نحوه صحیحه الآخر (۳) عنه علیه السلام أیضا

و فی خبره الآخر (۴) عنه علیه السلام أیضا فی «المکاتب یکاتب و یشترط علیه موالیه أنه إن عجز فهو مملوک، و لهم ما أخذوا منه، قال: یأخذه موالیه بشرطهم»

و فی خبر القاسم بن سلیمان (۵) عنه علیه السلام أیضا «أن علیا علیه السلام کان یستسعی المکاتب، إنهم لم یکونوا یشترطون إن عجز فهو رقیق، قال: و قال أبو عبد الله علیه السلام: لهم شروطهم»

إلی غیر ذلک من النصوص التی یمر علیک بعضها.

خلافا للعامه، فلیست عندهم إلا قسما واحدا، و هو المشروط عندنا، فلا یعتق إلا بأداء جمیع المال، ل

قوله صلی الله علیه و آله (۶)

«المکاتب عبد ما بقی علیه درهم»

المحمول علی صوره الشرط، و إلیه أومئ فی النصوص السابقه التی منها یعلم أیضا طرح

خبر جابر (۷) عن أبی جعفر علیه السلام قال: «سألته عن المکاتب یشترط علیه إن عجز فهو رد فی الرق، فعجز قبل أن یؤدی شیئا فقال أبو جعفر علیه السلام: لا یرد فی الرق حتی بمضی ثلاث سنین، و یعتق منه بمقدار ما أدی، فإذا أدی ضربا فلیس لهم أن یردوه فی الرق»

أو حمله علی ما لا ینافیها، و کذا غیره.

و علی کل حال فقد ظهر لک الفرق نصا و فتوی بین المطلقه و المشروطه بانعتاق قدر ما یؤدی فی الاولی و عدمه فی الثانیه. و أما اشتراکهما ففی أکثر الأحکام.

بل فی المسالک و غیرها ممن تأخر عنها اشتراکهما فی الفسخ بالعجز أیضا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۶.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۹.

۶- ۶ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۳۲۴.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۱۴.

قـال: «إذا عجز المكـاتب عن مـال الكتابه أو بعضه جاز للمولى الفسـخ فى الجمله، لكن إن كانت مشـروطه رجع رقا بالعجز و لو عن درهم من آخر المـال، و إن كـانت مطلقه و كـان عجزه عن النجم الأول فكـذلك، و إن كان عن غيره أو عن بعضه بعـد أن أدى شيئا أفاد الفسخ عود ما بقى منه و استقر عتق مقدار ما أدى، فاحتيج إلى معرفه العجز المسوغ للفسخ فى القسمين، و إن كان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن البحث عن عجز المشروطه خاصه».

قلت: لعـل وجهه عـدم دليـل على اقتضـائه الفسـخ فى المطلقه التى لا- يكفى فى ثبوت ذلك فيها بمجرد تخلف الأداء عن النجم مطلقا أو إلى نجم آخر، و إلا لاقتضى ذلك فى النسيئه فى البيع مثلا، ضروره عدم صدق الشرط على مثله كى يتسلط على الخيار بعدم الوفاء نحو غيره من الشـرائط، بل هو من توابع الثمن الذى هو ركن المعامله المقتضـيه لتسـليمه لا أنه مستحق بالشرط، و إلا لاقتضـى الفسـخ فيها على وجه يعود جميعه رقا، كما فى غيره من الشـرائط الموجبه للفسـخ بعـدم الوفاء بها، و كان العامه توهموا ذلك فجعلوا القسـمين قسـما واحـدا، لكنه كما ترى لا شـرطيه فى المطلقه بخلافه فى المقيده، فتأمل جيدا فإنه ربما يأتى لذلك مزيد تحقيق.

و كيف كـان ف حـد العجز و علاـمته فى المشـروطه كمـا فى النهـايه أن يؤخر نجما إلى نجم و يجتمع مالان على المملوك، أو يعلم من حـاله العجز عن فك نفسه و إن لم يؤخر نجما إلى آخر، و تبعه ابن البراج، بل فى المسالک نسـبته إلى أتباعه أيضا، بل قـال: سواء كـان ذلـك التأخير بسـبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبه بغير إذن المولى، و إطلاق اسم العجز على هـذا الشق مجاز باعتبار قسيمه و لمشاركته العجز فى المعنى.

و قيل و القائل المفيد و الشيخ فى الاستبصار و ابن إدريس، بل نسب إلى كثير من المتأخرين: هو أن يؤخر نجما عن محله بل فى المسالک «سواء

بلغ التـأخير نجمـا آخر أم لاـ و سواء علم من حـاله العجز أم لا، حتى لو كان قادرا على الأداء فمطل به جاز الفسـخ إذا أخره عن وقت حلوله و لو قليلا» و إن كان فيه بل و فى السابق أيضا عدم صدق العجز فى صوره المماطله.

و عبـاره المفيـد لاـ تقتضـى ذلـك، قـال: «إن اشترط فى الكتاب أنك إن عجزت عن الأداء أو أبطأت به رجعت عبـدا فعجز عن الأـداء بعـد حلول الأجـل أو أبطأ بالأداء و قـد حل الأجل كان عبـدا على حاله قبل المكاتبه» و هى كالصـريحه فى اشتراط البطء كالعجز، لأنه مع الاقتصار على الآخر يحصل الحكم بالبطء، فتأمل.

و عن الصـدوق ره «إن كـاتب رجل عبـدا و شـرط عليه إن عجز فهو رد فى الرق فله شـرطه، فينتظر المكاتب ثلاثه أنجم، فإن هو عجز رد رقا» و قال ابن إدريس على ما حكى عنه: «و حد العجز هو أن يؤخر نجما إلى نجم، و الأولى أن نقول:

يؤخر النجم بعد محله، فأما تأخير النجم إلى نجم آخر فعلى جهه الاسـتحباب الصبر عليه إلى ذلك الوقت» و هو موافق لما سمعته من المفيد، فتكون الأقوال حينئذ فى المسأله ثلاثه. و أما كلام ابن الجنيد فمرجعه إلى أن المدار على ما يتحقق به شـرطه، كما لا يخفى على من لاحظه، فهو ليس قولا فى المسأله.

و على كل حال ففى المتن و هو أى القول الثانى مروى مشيرا بذلك إلى

صحيح معاويه بن وهب (۱) عن الصادق عليه السـلام «سألته عن مكاتبه أدت ثلثى مكاتبتها و قد شـرط عليها إن عجزت فهى رد إلى الرق و نحن فى حـل ممـا أخـذنا منهـا و قـد اجتمع عليهـا نجمان، قال: ترد و يطيب لهم ما أخـذوا، و قال: ليس لها أن تؤخر النجم بعد حله شهرا واحدا إلا بإذنهم».

و صحيحه الآخر (۲) عنه عليه السلام أيضا «قلت له: إنى كاتبت جاريه لأيتام لنا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۲- ۲ ذكر صدره فى الوسائل الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۱ و ذيله فى الباب- ۵- منها الحديث ۱.

و اشترطت عليها إن هى عجزت فهى رد فى الرق و أنا فى حل مما أخذت منك، قال: فقال لى: لك شرطك، و سيقال لك إن عليا عليه السلام كان يقول يعتق من المكاتب بقدر ما أدى من مكاتبته، فقل: إنما كان ذلك من قول على عليه السلام قبل الشرط، فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم، فقلت له: و ما حد العجز؟ فقال: إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول، قال: قلت: فما تقول أنت؟ فقال: لا و لا كرامه، ليس له أن يؤخر نجما عن أجله إذا كان ذلك فى شرطه»

بناء على رجوع لفظ «ذلك» للعجز الذى هو البعيد لا التعجيز بالتأخير عن المحل حتى يكون خارجا عن محل النزاع، إذ هو كما ترى مناف للظاهر، بل و للإنكار على ما حكاه عن القضاه، بل و لغير ذلك.

ثم إن ظاهر المصنف عدم روايه تدل على القول الأول، لكن قيل يدل عليه

المرسل (۱) عن بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام «لا يرد فى الرق حتى يتوالى نجمان»

و موثق إسحاق بن عمار (۲) عن الصادق عليه السلام «إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا عجز المكاتب لم ترد مكاتبته فى الرق، و لكن ينتظر عاما أو عامين، فان قام بمكاتبته و إلا رد مملوكا»

بناء على أن المراد من النجم العام، كما يومئ إليه الصحيح (۳)

السابق بعد حمل قوله عليه السلام: «أو عامين» على الندب.

و أما الفسخ فى صوره العلم بالعجز و إن لم يحصل التأخير إلى النجم الآخر فلأن التأخير حينئذ عبث، ضروره كونه لرجاء القدره المفروض العلم بعدمها.

لكن فى الأول أنه مرسل و وجاده و لا جابر، و فى الثانى أعميه النجم من الحول، فلا بأس بحمله على ضرب من الندب، لذلك و للتخيير فيها، و أما ما ذكره

۱- ۱ المستدرک الباب- ۵- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲.

من عـدم الفائـده مع العلم بـالعجز ففيه منع ظـاهر و ذلـك لأـن المراد بالعلم هنا أيضا الظن الغالب، لتعـذر العلم حقيقه، و يمكن تخلفه و لو ببذله من أحد مثلا قبل حلول النجم الثانى.

هذا و فى المسالك «يمكن الاستدلال له ب

صحيح معاويه بن وهب الأول حيث دل صريحا على جواز الفسخ بتأخير نجم إلى نجم لقوله: «و قد اجتمع عليه نجمان»

إلى آخره، و لا دليل صـريحا على جواز الفسـخ قبل ذلك، بل على تحريم تأخير الأداء، و لا كلام فيه، لأن ذلك مقتضـى الدين بعد حلوله- قال-: و لعل نسـبه المصـنف القول الثانى إلى الروايه و إشـعار تصديره الحكم بالقول الأول ناش عن ذلك، و إلا لم يكن للعدول عن الروايه الصحيحه وجه».

قلت: لا يخفى عليك ظهور بيان حرمه تأخير الأداء هنا فى إراده الفسخ، كما يشهد له سياق الصحيح (۱)

المزبور، على أن الظاهر كون المسأله لفظيه لا مدخليه للتعبد بالنص فيها، ضـروره كون المدار على ما يشترطه المولى من التأخير عـن المحـل أو إلى حلـول النجم الآـخر أو إلى جميـع النجـوم أو غير ذلـك، و من التعليـق على العجز أو المطـل أو الأـعم منهما الشامل لحال الغيبه أو غيرها، و إلى ذلك أومأ ابن الجنيـد و غيره، و مع إطلاق العجز لا يدخل فيه المطل و الغيبه قطعا، و إطلاق الصحيح (۲)

المزبور محمول على التأخير عن المحل بالعجز لا بهما، كما هو واضح.

و يتحقق بصـدق اسـمه بالتـأخير عن المحـل و لو لحظه مع فرض كون المراد من الشـرط تحقق أصـل مـاهيته، و لو فرض إجمال المراد به عرفا فالأصل اللزوم، و احتمال الرجوع إلى النصوص تعبـدا فيه واضح الضـعف، للعلم بكون المدار على ما يفهم عرفا و أنه لا يعتـد بخلافه. و بـذلك يظهر أن المراد من النصوص المفهوم عرفا دون التعبد و إن نافى العرف و لم يفهم منه فيه و حينئذ فصحه الروايه و عدمها لا مدخليه لها فى المقام.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

ثم لا يخفى عليك أن ظاهر ما سمعته من عباره الشيخ الاكتفاء فى ثبوت الخيار بالعلم بالعجز و لو قبل حلول النجم الأول كما اعترف به فى كشف اللثام، و حينئذ فيصح مقابلته للعجز على القولين، لا أنه يختص مقابلته للعجز على القول الأول، و لعله على ذلك تحمل عباره الإرشاد، قال: «وحده تأخير النجم عن محله على رأى أو يعلم من حاله العجز» و إن كنا لم نجده قولا لأحد، بل فى المسالك دعوى الإجماع على عدم جواز الفسخ قبل حلول نجم و إن علم العجز، و حينئذ فيختص صحه مقابلته للعجز بالمعنى الأول كما فى المتن، لتحقق المغايره بينهما دون الثانى الذى مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير عن النجم لحظه، علم العجز أو لم يعلم، بل و إن علم عدمه، و قبله لا يجوز، و حينئذ فتكون عباره الإرشاد غير سليمه كما جزم بذلك فيها تبعا للشهيد فى غايه المراد، خصوصا بعد أن جعله فيها قسيما للعجز بالمعنى الثانى المقرون بالرأى، و مقتضاه عدم الخلاف فى ثبوت الفسخ به و إن لم يحل نجم، و قد عرفت أنا لم نعرفه قولا لأحد، و لكن الأمر سهل.

ثم إن ظاهر ما سمعته من النهايه و المتن اعتبار العجز عن فك نفسه، لا العلم بالعجز عن أداء النجم الذى قد حل، و لعله لأنهم قد فرضوا المسأله فى المشروطه التى بعجزه عن قليل من المال لا ينفك شى ء من رقبته، و إنما يختلف الحكم فى المطلقه التى قد عرفت كون المفروض فى كلام الأصحاب خلافها، و كلام ابن الجنيد الذى قد استحسنه فى المسالك و غيرها مرجعه إلى ما ذكرناه من أن المدار على شرطه، كما لا يخفى على من لاحظه.

و المراد بالنجم هنا المال المشترط أداؤه فى وقت خاص و إن كان المتعارف من النجم الوقت، قيل و منه

ما فى الحديث (۱)

«هذا إبان نجومه»

يعنى البنى، أى وقت ظهوره، و يقال: كان العرب لا يعرفون الحساب و يبنون أمورهم على طلوع النجوم و المنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أديت حقك، فسميت

۱- ۱ نهايه ابن الأثير- ماده: «ابن».

الأوقات نجوما، إلا أنه يطلق على المال المجعول عليه فى ذلک الأجل، و هو المراد هنا، و الله العالم.

و يستحب للمولى مع العجز الصبر عليه عاما أو عامين أو ثلاثه، لما سمعته من الموثق (۱)

و خبر الحسين بن علوان (۲) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «إن عليا عليه السلام كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلومه، فإن أقام بحريته و إلا رده رقيقا»

و لقول الصادق عليه السلام (۳)

«ينتظر بالمكاتب ثلاثه أنجم، فإن هو عجز رد رقيقا»

و قول الباقر عليه السلام فى خبر جابر (۴)

السابق المحموله أجمع على الندب، لقصورها عن الحكم بالوجوب.

بل للتسامح فى أدله السنن أطلق المصنف استحباب الصبر عليه من غير تقييد له بمده، لإمكان القول بإفادتها ذلک و إن اختلفت شده و ضعفا بطول المده و قصرها، مضافا إلى ما فى الصبر عليه من الإحسان و رجاء حصول الحريه، و على كل حال فما سمعته من الصدوق من تحديد العجز بالثلاثه لهذه النصوص واضح الضعف، و يمكن إرادته الندب.

و كيف كان ف الكتابه عقد لازم من الطرفين مطلقه كانت كما هو المشهور، بل عن التحرير الإجماع عليه أو مشروطه لأصاله اللزوم المستفاده من الآيه (۵)و الاستصحاب و غيرهما مما ذكرناه فى محله، و لا ينافى ذلک جواز الفسخ إذا كانت مشروطه و عجز العبد، لما سمعته من الأدله، كما لا ينافى لزوم البيع ثبوت الخيار فيه فى الجمله، و حينئذ فما فى القواعد- من أن الكتابه عقد لازم من الطرفين إلا إذا كانت مشروطه و عجز العبد- لا يخلو من شى ء إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۱۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المكاتبه الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۹.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۱۴.

۵- ۵ سوره المائده: ۵- الآيه ۱.

و قيل: إنها مطلقا لازمه من طرف المولى جائزه من طرف العبد مطلقا، لأن الحظ فى الكتابه له دون السيد، فله إسقاط حقه دونه، و لأن الكتابه يتضمن تعليق العتق بصفه فى العبد، و التعليق يلزم من جهه المعلق دون العبد الذى لا يلزمه الإتيان بالصفه.

إلا أنه لم نتحقق القول المزبور و إن حكى عن الخلاف إلا أن المحكى عنه الاستدلال على ذلك بإجماع الفرقه و أخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه رده فى الرق إذا كانت الكتابه مشروطه، و هو كالصريح فى اختصاص الحكم بها دون المطلقه التى قد سمعت دعوى الإجماع على لزومها من الفاضل.

و على كل حال لا ريب فى ضعفه، و كون الحظ له فيها لا يقتضى عدم وجوب وفاء الدين الذى هو حق المولى أيضا و لا تعليق فيها، بل مقتضاها أداء المال فى نجومه، فيجب عليه الوفاء به للايه (۱) كما هو واضح.

و قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه إن كانت مشروطه فهى جائزه من جهه العبد، لأن له أن يعجز نفسه قال: «الذى يقتضيه مذهبنا أن الكتابه إن كانت مطلقه فهى لازمه من الطرفين، و ليس لأحدهما فسخ، و إن كانت مقيده فهى لازمه من جهه السيد و جائزه من جهه العبد، فان عجز لم يجبر على الاكتساب» و وافقه عليه ابن إدريس على ما حكى عنه، و كان وجهه ما سمعته من الخلاف من جواز رده فى الرق مع عجزه، فدل على أن له تعجيز نفسه، و إلا لوجب التكسب و لم يجز رده.

و لا يخفى ضعفه، فان جواز رده فى الرق مع عجزه لا يدل على جواز تعجيز نفسه اختيارا، و إنما يدل على جواز الفسخ مع العجز عن أداء ما عليه. و إلى ذلك كله أشار المصنف بقوله و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده.

و لا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعى، و لو امتنع يجبر، و قال الشيخ: لا يجبر، و فيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابه وجوب

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآيه ۱.

السعی، فکان الأشبه الإجبار، لکن لو عجز کان للمولی الفسخ و کأنه أشار بذلک إلی الفرق بین المقام و بین بیع النسیئه الذی لا یجب فیه علی المشتری السعی فی وفاء الثمن مع فرض إعساره، لأن ذلک لیس مقتضی البیع الذی یجب الوفاء به بخلاف المقام الذی مقتضی العقد فیه وجوب السعی، بل قد سمعت ما دل علی المراد بالخیر فی الآیه (۱) من النصوص (۲)

لا أن مقتضاه إثبات مال فی ذمته یجب علیه أداؤه مع حصوله له و لا یجب علیه تحصیله.

بل به ظهر الفرق بین المقام و بین الدین الذی لا نوجب التکسب علی المدیون فی وفائه، بل منه یعلم أیضا ما فی کلام ثانی الشهیدین فی المسالک، فلاحظ و تأمل.

کما أن مما ذکرنا یظهر ضعف المحکی عن ابن حمزه من جواز المشروطه من الطرفین و المطلقه من طرف المکاتب خاصه بل هو من الغریب، ضروره مخالفته الأصول، خصوصا فی المولی الذی لاحظ له فی العتق، علی أن الجواز فی حقه آت بمعنی أن له فسخ العقد و إن لم یعجز العبد، و هو مناف لما هو کالمجمع علیه بینهم من عدم جواز ذلک، خصوصا بعد أن ذکر غیر واحد هنا أن المراد بالجواز من طرف المکاتب أنه لا یجب علیه السعی فی مال الکتابه و لا أداؤه علی تقدیر وجوده معه، بل له أن یعجز نفسه و یمتنع من تحصیل صفه العتق، فللمولی حینئذ أن یفسخ العقد، و له أن یصبر، و لیس المراد بجوازه ما هو المعهود فی غیره من العقود من أن له فسخ العقد.

نعم عن الشیخ فی المبسوط قول آخر فی تفسیر الجواز، و هو أنه لا یلزمه التکسب له و إن قدر علیه، لکن إن کان عنده مال وجب علیه دفعه، و اجبر علی أدائه مع الامتناع، کمن علیه دین و هو موسر.

و قد یقال: إن معنی جوازها من طرف المولی بمعنی أن له تعجیز العبد

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المکاتبه.

و منعه من التكسب حتى يحصل العجز الموجب للخيار، و على كل حال فمعنى لزومها من الطرفين أنه ليس لأحد منهما فسخها بنفسه كغيرها من العقود اللازمه و مع ذلك قد يجوز فسخها للمولى فى حال مخصوص، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو اتفقا على التقايل صح بلا خلاف و لا إشكال لما عرفت فى الإقاله من تناول دليلها لسائر المعاوضات التى منها عقد الكتابه التى هى كالبيع و إن كان فيها شائبه العباده بالعتق الذى لا يقبل التقايل، بل الظاهر صحته فى المطلقه مع أداء البعض أيضا لكن بالنسبه إلى ما بقى، لما عرفت فى محله من جريان الإقاله فى البعض، نعم الظاهر عدم جريان الإقاله فى الجزء الحر أو الكل بعد الأداء، لأن الحر لا يعود رقا، و الله العالم.

و كذا يصح لو أبرأه من مال الكتابه لإطلاق أدله الإبراء الشامل للمقام، فان المال فى ذمه العبد المكاتب لمولاه. و حينئذ ف ينعتق بالإبراء لأنه بحكم الوصول، و أولى منه الاحتساب عليه من الحقوق، كما هو واضح. و لو أبرأ من بعض صح و انعتق بحسابه لو كانت مطلقه.

و لا تبطل بموت المولى كغيرها من العقود اللازمه، للأصل و غيره.

و حينئذ ف للوارث المطالبه بالمال الذى انتقل إليه من مورثه كانتقال باقى حقوق الكتابه التى منها الفسخ لو عجز. و حينئذ ف ينعتق بالأداء إلى الوارث كما هو واضح. و أما حكمها لو مات المكاتب فستعرف الكلام فيه، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف

[و يعتبر فى الموجب]

و (۱۱) لا إشكال فى أنه يعتبر فى الموجب (۱۲) الذى هو المولى البلوغ و كمال العقل و الاختيار و جواز التصرف (۱۳) فلا يكفى العشر و إن اكتفينا بها فى العتق سواء أذن المولى أولا و لا يصح من المجنون المطبق و لا الأدوارى إلا أن يكون حال الإفاقه المعلومه.

و بالجمله حال هذا العقد كغيره من العقود التى قد تكرر ذكر وجه اعتبار ذلك فيها، خصوصا العقود المتضمنه للتصرف فى المال المعلوم حجر الصبى و المجنون

عن التصرف فيه، كمعلوميه عدم نفوذ تصرف المكره إلا أن يرضى بعد زوال الإكراه على ما عرفته فى محله، و المحجور عليه لفلس و سفه و نحوهما إلا مع إذن الغرماء أو الولى.

و لو كاتب المريض ففى الدروس و كذا القواعد «يصح إن خرج من الثلث أو أجاز الوارث، لأنه معامله على ماله بماله» قلت: قد يقال إن ذلك لا يكفى فى كونه تبرعا فالمتجه الصحه من الأصل مع فرض عدم المحاباه كغيرها من المعاوضات.

و هل يعتبر فيه الإسلام؟ فيه تردد ينشأ من كون الكتابه عتقا بعوض، و هو لا يصح من الكافر مطلقا مقرا بالله تعالى شأنه أو جاحدا له على ما عرفت، لكونه عباده لا تصح منه على حال، و من منع كونها عتقا و إن ترتب عليها التحرير الذى هو أعم من العتق الذى قد عرفت ظهور الأدله فى اعتبار النيه فيه، هذا إن قلنا بعدم صحه العتق من الكافر مطلقا أو من خصوص الجاحد و إلا فلا إشكال أصلا لإطلاق الأدله بلا معارض.

هذا و لكن فى الرياض مال إلى عدم الجواز إن لم يكن إجماعا و إن قلنا بالصحه من الكافر، لأصاله الفساد بعد اختصاص أدله المشروعيه كتابا (۱) و سنه (۲)

بالمسلم الذى هو المخاطب بالايه بقرينه التعليق بعلم الخير المراد به الإيمان الذى بزعمه الكافر شرا، و لا عموم فى السنه و لا إطلاق سوى الموثقه (۳) المتقدمه المتبادر منها كون المولى مؤمنا لا مطلقا، مضافا إلى ظهور

قوله عليه السلام «و المؤمن معان»

فى كون العبد مؤمنا و لا يكون عبدا للكافر غالبا، فلا تحمل الروايه على ما هو فرد نادر جدا، مع أنه لا يصلح مكاتبه الكافر له عند جماعه لوجوب إخراج المسلم عن ملك الكافر فورا، و المكاتبه لا تقتضى الإخراج خروجا تاما،

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۳۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المكاتبه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

و لا ترفع السلطنه خصوصا فی المشروطه، فلا یمکن أن یحمل علیه إطلاق الروایه من هذه الجهه أیضا.

و کـذا الکلام فی عموم «أَوْفُوا» (۱) أما علی القول بکون الکتابه عقـدا جائزا مطلقا أو فی الجمله فظاهر، لعدم دخولها من أصـلها حینئذ فیه أصـلا و کذا علی المختار من کونه لازما لما مضـی من عموم الآیه (۲) السابقه من اختصاص الخطاب بالمسـلم و عدم موجب للتعدیه لا من سنه و لا من إجماع، و ثبوتها إلی الکافر فی کثیر من المعاملات بأحد الأمرین لا یوجب ثبوتها مع انتفائهما فی المسـأله، و القیـاس حرام بالشـریعه، فـالقول بالاعتبـار لو لم یکن علی عـدمه إجماع لعله لا یخلو من قوه، و لو قلنا بأن الکتابه معامله مسـتقله لعدم المقتضـی لصـحتها کلیه حتی فی المسأله، لما عرفت من ضـعف المقتضـیات المزبوره، و لم أقف من دونها علی دلاله فتأمل، مع أن الأصل علی الفساد أقوی حجه سـیما إذا کان العبـد مسـلما، لما مضـی، و کـذا إذا کان کافرا علی القول بعـدم صـحه مکاتبه العبـد الکافر، کما هو الأقوی. و سـیأتی أن المرتضـی ادعی علیه إجماعنا مطلقا من دون تقیید بکون المولی مسـلما و من هنـا ینقـدح وجه آخر فی الجواب عن العموم لو سـلم، فـإن الإجمـاع المزبور بنفی جواز مکـاتبه الکـافر و آیه نفی السبیل (۳) تنفی جـواز مکـاتبه المسـلم، و بهمـا تخصـص العمومـات المزبـوره، فلاـ فرد للمسـأله تشـمله فیکـون ثمره للنزاع و المشاجره، و هو کما تری. و قد نقلناه بطوله لکثره محال النظر فیه، ضـروره اسـتفاضه السـنه بذکر المکاتب و أقسامه و أحکامه و هو شامل لهما، و لیس ذلک منحصرا فی

الموثقه (۴) المزبوره التی فی بعض طرقها «المحسن معان»

بدل

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۴۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

«المؤمن» و هو شامل للكافر، بل الآيه شامله أيضا، ضروره استفاده مشروعيه المكاتبه المتعارفه منها، و التقييد بعلم الخير للأمر بها لا لأصل المشروعيه.

و كذا عموم «أَوْفُوا» (۱) فإن الخطاب و إن كان للمؤمنين لكن المراد بيان الشرعيه لهم لا اختصاصها بهم، فإن أحكام الوضع لا اختصاص لها بمكلف، بل التحقيق مشاركه الكافر للمؤمن فى الفروع التى هى من العبادات المنحصره صحتها فى المؤمن، كما بين فى محله، و حينئذ فيكفى فى التعديه الإجماع على قاعده الاشتراک، و لا يحتاج إلى إجماع بخصوصه.

و ستعرف البحث فى صحه كتابه الكافر عبده الكافر و الاكتفاء بها عن بيعه لأنها قاطعه للسلطنه، و البحث فى كتابه عبده المسلم و أن التحقيق الصحه فى الثانى، فيكون حينئذ موردا للنزاع.

و من هنا بان لک أن الوجه عدم الاشتراط كما هو المشهور إن لم يكن إجماعا، بل عن بعضهم الاعتراف بمجهوليه القائل بالاشتراط.

و حينئذ فلو كاتب الذمى مثلا مملوكه على خمر أو خنزير أو نحوهما مما كان حلالا فى مذهبهما و تقابضا و هما ذميان و ترافعا إلينا حكم عليهما بالتزام ذلک لأنهم ألزموا أنفسهم به و لو أسلما لم يبطل ذلک كما فى غيره من عقودهم.

و إن لم يتقابضا و أسلما كان عليه القيمه التى هى أقرب شى ء إليه بعد تعذر دفعه بالإسلام، كما تقدم نظيره فى المهر و غيره، بل فى المسالک هنا احتمال جريان القول بالسقوط باعتبار أنه رضى بالعوض المحرم فيدام عليه حكم رضاه، و قد تعذر قبضه بالإسلام بالنسبه إلى المستحق عليه و إن لم ينقلوه هنا.

قلت: أولى من ذلک احتمال البطلان لتعذر ملک العوض، و لو أسلما بعد

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآيه ۱.

تقابض البعض مضى فى المقبوض، و لزمه القيمه للباقى، و يأتى فيه الاحتمالان و كذا لو أسلم المولى خاصه أو المملوك، و الله العالم.

و يجوز لولى اليتيم أن يكاتب مملوكه مع اعتبار الغبطه للمولى عليه فى ذلك بأن كان بيعه جائزا لحاجه اليتيم، لإطلاق ما دل على ذلك من قوله تعالى (۱) «وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتامى قُلْ: إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» و غيره مضافا إلى صحيح معاويه بن وهب (۲)

السابق، بل قد يقال بالجواز للولى الإجبارى مع عدم المفسده و إن لم تكن غبطه.

و لكن مع ذلك فيه قول محكى عن الشيخ فى المبسوط بالمنع لأن الكتابه شبيهه بالتبرع من حيث إنها معامله على ماله بماله، إذ المال المكتسب تابع للمملوك، و فيه أنه قد لا يحصل المال بدون المكاتبه، بل هو الغالب، و كسبه بعد العقد ليس مالا محضا للمولى، و قبله ليس بموجود حتى تكون المعامله عليه، و الله العالم.

و لو ارتد ثم كاتب عبده المسلم لم يصح إما لزوال ملكه عنه كما إذا كان عن فطره، بل لا يصح كتابته لعبده الكافر فضلا عن المسلم أو لأنه لا يقر المسلم فى ملكه إذا كان عن مله، نعم لو كان كافرا صح لبقاء ملكه له، لكن فى الدروس يصح من المرتد عن مله بإذن الحاكم لا بدونه فى الأصح، قال:

«و يحتمل المراعاه بإسلامه».

و فى القواعد «و لو ارتد المولى لم تصح كتابته إن كان عن فطره، لزوال ملكه عنه، و إن كان عن غيرها فكذلك إن كان العبد مسلما، لوجوب بيعه عليه، و يحتمل وقوعها موقوفه، فإن أسلم تبينا الصحه و إن قتل أو مات بطلت، و إن أدى حال الرده لم يحكم بعتقه، بل يكون موقوفا، فإن أسلم ظهر صحه الدفع و العتق، و لو ارتد بعد الكتابه أدى العبد إلى الحاكم لا إليه، و يعتق بالأداء، فإن دفع إليه

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

كان موقوفا أو باطلا على التردد، و فى اشتراط الحاكم فى الحجر و فى تعجيزه بالـدفع إلى المرتـد مع التلف إشكال، و لو أسـلم حسب عليه ممـا أخـذه فى الرده» إلى غير ذلـك من كلمـاتهم التى مقتضاهـا الحجر على المرتـد مطلقا أو مع حكم الحاكم على وجه يبطل تصرفه أو يبقى موقوفا و قد تقدم بعض الكلام سابقا فى ذلك و لكن إلى الان لم نتحقق الدليل المقتضى للحجر عليه المنافى لقاعده تسلط الناس على أموالهم و غيرها.

و كيف كان فلا يخفى عليك بناء التعليل فى المتن على عدم صـحه كتابه الكافر للعبد المسلم، كما هو أحد القولين فى المسأله، لأنه يجبر على نقله عن ملكه، و الكتابه لا توجب الانتقال التام عن الملك، لأنها متردده بين الخروج عنه و البقاء، و تمام الخروج موقوف على أداء المال.

و القول الآخر الصـحه، و لا يجبر معها، لأنها مستلزمه لرفع اليد فى الجمله، و تشبث المكاتب بالحريه، و برفع الحجر عنه فى كثير من الأعمال، خصوصا إذا جعلناها بيعا و لازمه من جهه المولى.

و ربما فرق بين المطلقه و المشـروطه، فاكتفى بالأولى دون الثانيه، لأنه لا يخرج فى المشـروطه عن الرقيه إلا بأداء جميع المال، و هو معرض العجز اختيارا أو اضطرارا.

قلت: قـد يقـال بصـحه مكـاتبته و ترتب أحكامهـا لو فرض عـدم بيعه و تعـذر قهره أو لم يعلم الحاكم به، لأنها ليست من السبيل المنفى، و احتمـال عـدم صـحتها لمنافاتها للبيع المأمور به (۱) يـدفعه إمكـان التزام بيعه بعـد وقوعها مكاتبا، كما تسـمعه من ابن الجنيد فى صوره ما إذا كان كافرا فأسلم، أو يلتزم ببطلان المكاتبه ترجيحا لما دل (۲)

على وجوب إخراجه عن الملك و لو لسبق تعلقه على الكتابه، خصوصا مع ملاحظه بيع أم الولد و المكاتب الجانى، و ربما يأتى الكلام فى صحه كتابته

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۳- من كتاب العتق الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۳- من كتاب العتق الحديث ۱.

جانیا، فتأمل جیدا.

و علی کل حال فیتفرع علی هذه الأقوال ما إذا کاتبه کافرا فأسلم قبل الأداء و فیه أنه یمکن القول بالجواز هنا و إن قلنا بالمنع، للفرق بین الابتداء و الاستدامه کما جزم به الفاضل و غیره، لأصاله اللزوم المانعه من البیع مع حصول الغرض، و هو ارتفاع السلطان، و قیل: لا یلزم لئلا یکون له علیه سبیل، و عن أبی علی یباع مکاتبا و یؤدی إلی المشتری ثمنه لا أزید، لأنه ربا.

ثم علی تقدیر الاکتفاء بالکتابه لو عجز یتخیر المولی للإطلاق، فیباع علیه حینئذ، و ربما احتمل عدم الخیار له هنا، لاستلزامه تملک المسلم اختیارا، و فیه أنه لیس تملکا، و الله العالم.

[و یعتبر فی المملوک]

و یعتبر فی المملوک البلوغ و کمال العقل بلا خلاف أجده فیه، بل نسبه فی غایه المرام إلی القطع به فی کلام الأصحاب، بل فی کشف اللثام الاتفاق علیه، بل عن بعضهم الإجماع علیه.

و لعله لأنه لیس لأحدهما أهلیه القبول و لا دلیل علی قیام السید و الأب و الجد مقامهما فی هذه المعامله المخالفه للأصل المنساق من موارد أدلتها کتابا (۱) و سنه (۲)

العبد المکلف، لا أقل من الشک و لو بملاحظه ما سمعته من الإجماع المزبور. و من الغریب دعوی عدم الفرق بین المقام و بین اعتبار الإسلام فی المولی.

و أغرب منه دعوی تناول قوله تعالی (۳) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لمثل المقام المتوقف علی صحه قیام السید و الأب و الجد مقامهما لتتم أرکان العقد التی منها القبول، کما هو واضح. و منه یعلم ما فی المناقشه التی فی المسالک و غیرها فی الحکم المزبور، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱ و ۲- من أبواب المکاتبه.

۳- ۳ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

و فی کتابه الکافر تردد ینشأ من إطلاق الأمر بالوفاء بالعقد (۱) و إطلاق دلیل الکتابه، و أنها معامله کالبیع و نحوه، و من اشتراط الخیر المفسر بالدین (۲) فی الآیه (۳) أظهره المنع عند المصنف وفاقا للأکثر علی ما قیل، بل عن الانتصار و الغنیه الإجماع علیه معتضدا بعدم نقل خلاف فیه من أحد من القدماء، و إنما ابتدء الخلاف فیه من الفاضل فی المختلف، و تبعه بعض من تأخر عنه کالشهیدین، مع أن الأول منهم قد وافق المشهور فی غیر واحد من کتبه کالقواعد و غیرها.

لکن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من الاشکال ل أن العمده عندهم فی ذلک قوله تعالی (۴) فَکاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِیهِمْ خَیْراً

مؤیدا بالأمر بالإیتاء من الزکاه (۵) الممنوع فیه، و بالنهی عن المواده له (۶) و هو إنما یدل علی اشتراط الأمر بها لا مطلق الاذن فیها و یتبعه الأمر بالإیتاء، و لا یلزم من توقف الأمر بها علی شرط توقف إباحتها علیه، و قد عرفت أن الدلیل علی تسویغ الکتابه غیر منحصر فی الآیه المزبوره.

علی أنه بعد التسلیم إنما یدل علی اعتبار ذلک فی المولی المسلم لا مطلقا، و لیس فی الانتصار سوی أنه مما انفردت به الإمامیه، و لیس ذلک إجماعا، و عدم نقل الخلاف لا یقتضی عدمه، بل لعله ظاهر کل من لم یتعرض لاشتراطه فی صحه الکتابه من القدماء، بل المحکی عن الشیخ فی موضع من المبسوط و القاضی الصحه فی المولی المسلم فضلا عن الکافر الذی لا تلازم بینه و بین المسلم بناء علی ظهور

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۴- ۴ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲۱- من أبواب المکاتبه.

۶- ۶ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲۲. راجع البحار ج ۷۵ ص ۳۸۵.

تلک الأدله فی عدم صحتها منه، بل لعله ظاهر المصنف و غیره ممن صرح بعدم اشتراط الإسلام فی المولی و فرع علیه مکاتبه الذمی لمثله بخمر أو خنزیر، فإنه إن لم ینزل کلامه هنا علی الاشتراط بالنسبه للمسلم لم یکن للحکم الأول حینئذ مورد، کما هو واضح.

نعم لا یصح کتابه المرتد عن فطره منه لعدم قابلیته للملک، بل فی الدروس و إن کان عن مله جوزه الشیخ، لأن له أهلیه المعاوضه، و هو مطالب بالفرق، بل البطلان هنا أولی، لعدم إقراره علی ردته و إن کان قد یناقش بأن ذلک لا ینافی قابلیته للمعاوضه الثابته بالأصل و غیره، و کفی بذلک فارقا بینه و بین الفطر الذی انقطعت استدامه تملکه فضلا عن ابتدائه، و الله العالم.

و أما الأجل ففی اشتراطه خلاف، فمن الأصحاب من أجاز الکتابه حاله و مؤجله، لإطلاق الأدله و کونها کالبیع علی المعسر و منهم من اشترط الأجل، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لما سمعته من الأدله السابقه لا لأن ما فی ید المملوک لسیده، فلا تصح المعامله علیه، و ما لیس فی ملکه یتوقع حصوله فیتعین ضرب الأجل إذ یمکن دفعه بفرض مال مقارن، و معارضته بالبیع علی المعسر الذی لا یملک شیئا، اللهم إلا أن یرجع إلی ما ذکرناه کما تقدم الکلام فی ذلک کله مفصلا.

و إنما أعاده لیفرع علیه ما تسمعه من أنه یکفی فیه بناء علی اعتباره أجل واحد عندنا و عند أکثر العامه، لإطلاق الأدله، خلافا لبعضهم فاشترط کونه نجمین فصاعدا، لأنه المعهود من عمل الصحابه و التابعین، و لأن الکتابه مأخوذه من الکتب بمعنی الضم باعتبار ضم النجوم فیها بعضها إلی بعض، و أقل ما یحصل به ذلک نجمان فصاعدا، و لأن الکتابه عقد إرفاق و من تتمته التنجیم، و الجمیع کما تری لا یصلح قاطعا لإطلاق الأدله، ضروره أعمیه عمل الصحابه بعد تسلیمه من الاشتراط، کما أن أخذ الکتابه من الکتب بمعنی الضم کذلک إذ بعد تسلیم انحصار وجه المناسبه فیه یمکن أن یکون بناؤه علی الغالب، و الإرفاق مع أنه

حكمه يمكن حصوله بابعاد الأجل، كما هو واضح.

و لا حد فى الكثره إذا كانت معلومه بلا خلاف و لا إشكال، نعم فى المسالك يدخل فى ذلك ما إذا جعلاه إلى مده لا يعيشان إليها غالبا، و لا بأس به بالنسبه إلى المولى الذى قد عرفت أنه لا تبطل الكتابه بموته، فتكون حينئذ كالبيع كذلك، للأصل، فينتقل الحكم إلى الوارث حينئذ، أما بالنسبه إلى المكاتب فقد يشكل ببطلانها بموته مطلقا إذا كان مشروطا، و فى الباقى فى المطلق، فيكون اشتراط الزائد منافيا لمقتضى العقد، و قد أطلق الشهيد فى بعض تحقيقاته جواز التأجيل كذلك مطلقا و حكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت، و لا يخلو فى جانب المكاتب من إشكال، قلت: المراد من نفى الحد فى الكثره عدم المانع من حيث كونها كذلك فى مقابله القول بعدم جواز الأجل الواحد، لا أنها جائزه و إن حصل المانع من جهه أخرى، فلا إشكال حينئذ، و الله العالم.

و لا بد أن يكون وقت استحقاق الأداء معلوما على وجه يكون مشخصا فلو قال: كاتبتك على أن تؤدى إلى كذا فى سنه بمعنى أنها ظرف الأداء لم يصح للجهاله كما فى النسيئه، خلافا للمحكى عن أبى على و الخلاف فأجازه، و خيره فى الدفع فى مجموع ذلك الوقت، و لا ريب فى ضعفه و إن توقف فيه الفاضل فى القواعد.

و يجوز أن تتساوى النجوم و أن تختلف بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و عمومها، كما يجوز تساوى المقادير فيها و اختلافها. نعم فى اعتبار اتصال الأجل بالعقد تردد و خلاف من إطلاق الأدله و من كونه خلاف المعهود، كما تقدم الكلام فى نظائره منه فى المتعه و غيرها.

و لو جمع فى العوض بين المال و الخدمه مثلا كما إذا قال: كاتبتك على خدمه شهر و دينار بعد الشهر صح. إذا كان الدينار معلوم الجنس، و لا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر لصدق حصول الأجل له، نعم هو نجم واحد، و قد

عرفت صحته عندنا، و إنما يتوجه عليه المنع عند من يشترط تعدد النجوم، ثم إطلاق خدمه شهر محمول على المتصل بالعقد كنظائره.

و لو مرض العبد شهر الخدمه بطلت الكتابه إذا كانت مشروطه أو كان هو مجموع العوض لتعذر ه أى العوض حينئذ، أما لو كان بعده الدينار و كانت مطلقه لم تبطل، و روعى أداء المال و عتق منه بنسبته.

و لو قال: كاتبتك على خدمه شهر بعد هذا الشهر قيل و القائل الشيخ:

تبطل بناء على القول باشتراط اتصال المده بالعقد، و فيه تردد بل منع كما عرفته سابقا و إنما ذكر ذلك بخصوصه لبيان أنه لا فرق بين المال و الخدمه، و الله العالم.

و لو كاتبه ثم حبسه مده قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن المبسوط:

يجب أن يؤجله مثل تلك المده لأن القدر الواجب من التأجيل الإمهال فى تلك المده و لا قيمه له فيضمنه بمثله.

و قيل و القائل الشيخ أيضا فى موضع آخر من المبسوط لا يجب بل يلزمه أجرته مده احتباسه، و هو أشبه (۱۱) بأصول المذهب و قواعده، لأن المكاتب مضمون بالغصب كالقن، فيضمن منافعه مده الحبس، و هو أقوى، فان لم يكن ذا صنعه وجب أجرته لعمل مطلقا، و إن كان له صنعه وجب أجرته لتلك الصنعه، و إن تعددت قيل: يلزمه أجره الأعلى منها، و قيل يجب أجره الأغلب وقوعا بالنسبه إليه، و يأتى تحقيقه إنشاء الله فى كتاب الغصب.

[و أما العوض]

و أما العوض فيعتبر فيه أن يكون دينا منجما (۱۲) على الأصح معلوم الوصف و القدر مما يصح تملكه للمولى، فلا تصح الكتابه على عين (۱۳) مشخصه لا- لما قيل من أنها إن كانت بيد المملوك فهى للمولى، فلا يتحقق المعاوضه بها، لأنها معاوضه على ماله حينئذ بماله، و إن كانت لغيره لم يصح و إن أذن لاشتراط الملك فى العوض حتى يملك المعوض، و لذا لا يصح البيع بعين لغير المشترى على أن يكون

المبيع ملكا له و الثمن من غيره، إلا أن يكون المراد فى الفرض بيع العبد بالعين لصاحبها لأنه لا يتم على القول بأن العبد يملك و لو فى الجمله، ضروره تصور مالكيه العين، و يكفى فى الاذن من سيده فى التصرف بها مكاتبته عليها، بل و لا فى المبعض إذا أريد المكاتبه معه على جزئه الرق، إذ يمكن كونه مالك العين بجزئه الحر، بل قد يقال بكفايه الاذن من الغير بالمكاتبه على عينه على أن تكون قرضا عليه، و يحصل ذلک بعقد المكاتبه المخرج له عن محض الرقيه بحيث يكون صالحا لأن يملك المولى عليه ما أثبته فى ذمته من المال الحاصل بالسعى الذى هو مملوک للسيد، و صالحا لأن يملك عليه الخدمه المملوكه له فعلا.

بل لعدم ثبوت مشروعيه ذلک و الأصل الفساد بعد الشک فى تناول إطلاق الأدله لمثله خصوصا بعد الاتفاق ظاهرا عليه، كما اعترف به غير واحد، و خصوصا بعد ما عرفت من اعتبار الأجل فيها الذى محله الدين لا العين.

نعم قد يقال: إن ذلک مناف لصحه جعل الخدمه المتصله بالعقد عوضا، لعدم صدق الدين عليها، و لا أجل فيها و التقييد بشهر و نحوه إنما هو لتقدير المنفعه لا ـ أجل مكاتبه، و حينئذ فلا بد من الجمع بإراده اعتبار الدين فيه فى مقابل العين، كما يشعر به التفريع، و الله العالم.

و كذا لا تصح مع جهاله العوض لأنها كالبيع بالنسبه إلى ذلک بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهر بعضهم أنه كذلک فى سائر عقود المعاوضه للنهى عن الغرر و إن كان فيه ما فيه، كما أوضحناه فى الصلح و غيره، و على كل حال فلا يكفى العوض المجهول بل لا بد أن يذكر فى وصفه كلما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع معه الجهاله على نحو ما سمعته فى البيع الذى إن لم يكن المقام منه، فهو شبيه به و منزل منزلته بالنسبه إلى ذلک.

و حينئذ فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه فى النسيئه و إن كان عرضا وصفه كصفته فى السلم، ضروره كون المدار على ارتفاع الجهاله فى الجميع، كما هو

واضح، و كذا لا تصح بعوض لا يملكه كالخمر و الخنزير فى المولى المسلم، نعم يجوز ذلك فى الذميين كما عرفته سابقا.

و يجوز أن يكاتبه بأى ثمن شاء لإطلاق الأدله و خصوص

المرسل (۱)

«رجل ملك مملوكا فسأل صاحبه المكاتبه أ له إلا يكاتبه إلا على الأعلى؟ قال: نعم».

و لكن يكره أن يتجاوز قيمته يوم المكاتبه بلا خلاف أجده فيه، بل فى الرياض ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، قلت: لعله لمنافاته للإرفاق و للإحسان الذى بنى عليه مشروعيه الكتابه، مضافا إلى قاعده التسامح.

و كذا تجوز المكاتبه على منفعه كالخدمه و الخياطه و البناء و نحوها إذ هى كالعين فى الذمه، لإطلاق الأدله، نعم يصح ذلك بعد وصفه بما يرفع الجهاله من التقدير بالعمل كالخياطه لهذا الثوب المشخص، و البناء للجدار المعين مثلا، أو المده كخدمه شهر أو سنه.

و المناقشه- بأن المنفعه ملك فعلا للمولى، فلا يعاوض على ماله بماله، بخلاف المال المتجدد الذى هو ليس بموجود و لا داخل تحت قدرته، إما الخدمه فكالعين الحاضره، و من ثم جاز عتقه منجزا بشرط خدمه معينه بغير رضاه دون اشتراط مال بغير رضاه- يدفعها ما فى المسالك من أن «عقد الكتابه يخرج المملوك عن ملك المولى محضا و إن كان انتقالا متزلزلا، و من ثم سقطت عنه نفقته و فطرته، و لم يكن له استخدامه و غير ذلك من توابع الملك، فكانت منفعته و ما يتجدد من كسبه تابعه له فى الانتقال عن ملكه، و يجوز جعله عوضا عن فك رقبته، و لما كان العتق المنجز يقتضى ملك المعتق منافعه نفسه أيضا و كسبه اعتبر رضاه فى اشتراط المال دون الخدمه، لأنها تصير كالمستثناه مما يخرج عن ملكه بالتحرير المتبرع به، و هذا لا يلزم منه بطلان جعل الخدمه عوضا فى الكتابه الواقعه برضا المكاتب، مضافا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

إلى عموم الأدله» و إن كان لا يخلو من مناقشه، بل هو عند التأمل خصوصا الأخير منه مؤكد للسؤال لا دافع له.

فالأقعد فى الجواب الاستناد إلى إطلاق الأدله و عمومها، و خصوص

الخبر (۱)

«عن رجل قال: غلامى حر و عليه عماله كذا و كذا سنه، فقال: هو حر و عليه العماله»

بناء على أنه من الكتابه، كما عساه يظهر من غير واحد لا- من العتق الذى اشترط فيه شرط و إن كان هو الظاهر، و إلى كون المجعول عوضا أن يخدمه لا استعداده لها التى هى ملك له، بل هو نحو أن يكتسب مالا و يسعى فى تحصيله، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و إذا جمع بين كتابه و بيع و إجاره أو غير ذلك من عقود المعاوضات فى عقد واحد صح كل منها عندنا و إن اتحد العوض، و قسط عليها أجمع، و يكفى معلوميته و إن جهل تقسيطه للأصل و غيره مما مر فى كتاب البيع و غيره، خلافا لبعض العامه فأبطلها أجمع، لأنها بمنزله عقود متعدده، فيعتبر العلم بعوض كل واحد منها منفردا خصوصا مع اختلاف أحكامها، و فيه منع واضح، و منهم من صحح المكاتبه خاصه بكل العوض، و هو كما ترى. و يقابله احتمال بطلانها خاصه باعتبار أن المكاتب لا يستقل بالتصرف إلى أن يتم عقد المكاتبه، و قد وقع البيع و الإجاره قبل ملكه للتصرف فوقعا باطلين.

و أجاب عنه فى المسالك بأن الاستقلال مندفع برضا المولى بذلك، فان الحجر إنما كان لحقه، و الأولى الجواب بحصول أثر الجميع دفعه بتمام القبول، و لا- بأس بذلك، لإطلاق الأدله و عمومها المقتصر فى الخارج عنها على سبق البيع و الإجاره على الكتابه.

هذا بناء على ما فهم فيها من فرض مسأله جمع العقود فى المكاتب بمعنى أن البيع و الإجاره و الكتابه للعبد بعقد واحد، لكن فى حاشيه الكركى تفسير الجمع بأن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب العتق الحديث ۲.

تکون الکتابه للعبد و المعاوضه الأخرى لغیره، و حینئذ فلا إشکال، و کأنه أولى، لعدم قابلیه العبد وقت الإیجاب لحصول أثره، و لاـ ینـافی ذلک وقوع إیجاب الکتابه التی مبنی شرعیتها علی ذلک، علی أن مقتضـی وقوع الثلاثه للعبـد أن تبقی الإجاره و البیع مراعیین بحصول الحریه و عدمها، و أنه لا یسـتقر ملکه لذلک حتی تحصل الحریه، کما صـرح به فی المسالک، و هو کما تری، و الله العالم.

و علی کـل حال تکون مکاتبته ب نسـبه حصه ثمنه من البـذل بعـد ملاحظه قیمه المبیع و اجره المثل بالنسـبه إلیه أیضا، و بأدائها یکون حرا، و کـذا إذا احتیـج إلی معرفه مـا یخصه من مـال الکتـابه، بـأن ظهر المبیع مسـتحقا للغیر و لم یجز المالک، فإنه حینئذ یوزع العوض علی قیمه المملوک حین المکاتبه، و علی قیمه المبیع و اجره مثل الـدار تلک المده، و یسـقط من العوض ما یقابل الفاسد، کما هو واضح، و الله العالم.

و کذا یجوز أن یکاتب الاثنان عبدا واحدا صـفقه سواء اتفقت حصصـهما أو اختلفت تساوی العوضان أو اختلفا لإطلاق الأدله و عمومها و قاعده تسلط کل من الشرکاء علی مکاتبه حصته بما شاء منفردا فکذا مع الاجتماع، خلافا للمحکی عن بعض، فمنع من اختلافهمـا فی القـدر مع تساویهمـا فی الملک حـذرا من أن ینتفع أحـدهما بمال الآخر فیما إذا دفع إلی أحـدهما مأه مثلا و إلی الأخر مأتین ثم ارتفعت الکتابه بالعجز فیحتاج الأول إلی أن یرجع علی الثانی بخمسین، و یکون الثانی قد انتفع بها مده بقائها فی یده من غیر استحقاق.

و فیه أن الاسـتحقاق طار من حین الانفساخ، و قبله کان ملکا للقابض متزلزلا، فلا یلزم انتفاع أحـدهما بمال الآخر حین التصـرف فیه، علی أن مقتضـی ذلـک المنع حتی مع الاختلاـف فی قـدر الملک إذا فرض کون العوض الزائـد للأقل ملکا، و المحکی عنه اعتبار التساوی فی القدر.

و علی کل حال ف لا یجوز أن یدفع إلی أحد الشریکین دون

صاحبه بلا خلاف كما عن المبسوط و الخلاف، لأن الدين حينئذ مع فرض الاتحاد فى الجنس، و الأجل مشترك بينهما، ضروره كون الفرض وقوع المكاتبه منهما بعقـد واحد، و قد تحقق فى محله أنه لا يجوز الدفع إلى أحد منهما خاصه، و حينئذ ف لو دفع شيئـا كـان لهما مع إجازه الآخر القبض و لكن لو أذن أحـدهما لصاحبه جاز خلافا للمحكى عن ابنى الجنيـد و البراج، فجوزا أن يـدفع إلى أحـدهما دون الآـخر مـا لم يشترطـا عليه أن يكون أداء الكتـابه لهما جميعا، نحو ما سـمعته عن ابن إدريس فى الـدين المشترك، لأـنه لمن عليه التخيير فى جهه القضـاء، و يعين مـا شـاء فيه من أمواله، فـإذا دفع إلى أحـدهما حقه فقـد اختـار دفع ما يستحقه المـدفوع إليه فى المـدفوع، و اختار منع الآخر منه، فلا شـركه فيه، كما لو منعه من الاستيفاء من بعض أمواله، و قد تقدم فى كتاب الدين ما يعلم منه بطلان ذلك و أن الدين الكلى كالاشاعه فى العين المشخصه المشتركه.

نعم هو كذلك مع اختلاف العوضين فى الجنس و الأجل، بل و مع تعيين عوض كل واحد بخصوصه و إن اتحد الجنس و القدر و الأجـل و إن كـان ظـاهر المتن و القواعـد اتحـاد الجميع فى الحكم المزبور، بـل كـاد يكون صـريح المسالك إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم اشتراك الدين بينهما، لأن الفرض امتياز عوض كل منهما عن الآخر بالجنس أو الأجل أو بالتعيين.

و لعل إطلاق المصـنف و غيره مبنى على أن ذلك من الاذن كما فى كشف اللثام و إن كان هو كما ترى، بل مبناه امتياز الدينين و تسلط المكـاتب على عمله و سعيه و تخييره فى تعيين مـا يبـذله لـدينه، فـالفرض حينئـذ بمنزله تعـدد فى العقـد لاـ مع اتحاده المقتضـى لاشتراك الدين و إن كان هو بالنسـبه إلى المولبين بحكم المتعدد فيما إذا أدى نصيب أحدهما بإذن الآخر، فإنه ينعتق بخلاف ما إذا لم يكن بإذنه فإنه لا يتحقق العتق فى أحد النصيبين، و فيما لو عجز فعجز أحدهما و صبر الآخر،

إذ هو حينئذ كما لو تعدد، و الله العالم.

و لو كانت ثلاثه فى عقد واحد صح عندنا لإطلاق الأدله و عمومها و كان كل واحد منهم مكاتبا ب نسبه حصه ثمنه أى قيمته من المسمى بعد تقويم الجميع، كما لو بيعوا و كانوا المتعددين، لأن القيمه هنا ملحوظه، لكون الكتابه بيعا أو شبيهه به، بل هى أولى من البضع الذى قد عرفت فى الصداق و الخلع ملاحظه قيمته التى هى مهر المثل، فلو كانت قيمه أحدهم مأه و الثانى مأتين و الثالث ثلاثمائه فعلى الأول سدس المسمى و على الثانى ثلثه، و على الثالث نصفه.

و حينئذ ف تعتبر القيمه وقت العقد لأن سلطنه السيد تزول يومئذ، و عن بعض العامه التوزيع على عدد الرؤوس، و لا ريب فى ضعفه.

و على كل حال ف أيهم أدى حصته عتق و لا- يتوقف على أداء حصه غيره، و أيهم عجز استرق دون غيره، و كذا لو مات أحدهم، لصدق المكاتبه على كل واحد منهم، فيجرى عليه حكمها، بل فى المسالك «و لا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أديتم فأنتم أحرار، لأن الكتابه الصحيحه يغلب فيها حكم المعاوضه، و لذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، و إذا مات لم تبطل الكتابه، بخلاف العتق المعلق».

و فيه أن مفروض المسأله مع الإطلاق أو التصريح بعدم تعليق عتق أحد منهم على آخر، و إلا فمع تصريح السيد بذلك يبنى على صحه هذا الشرط و عدمه، و على فرض صحته فلا ريب فى توقف حريه كل واحد منهم على الآخر، بل ربما قيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه، و إنما يعتقون معا إذا أدوا جميع المال فى صوره الإطلاق، لظهور اللفظ كما فى العتق المعلق.

و عن ابن البراج إذا كاتب انسان عبدين كتابه واحده فمات أحدهما قيل للثانى إما أن تختار أن تؤدى باقى الكتابه عنك و عن صاحبك و إما أن تكاتب عن نفسك كتابه جديده، فأيهما اختار كان له ذلك، و إن كان المتروك مالا فيه وفاء بقسطه من الكتابه أخذ السيد مال الكتابه، و كان على الثانى ما بقى من قسطه منها

و كذلك إذا ارتد أحدهما و لحق بدار الحرب، و إن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابه فإن السيد يأخذ من ذلك جميع الكتابه و يعتقان معا، و يرجع ورثته على الحى بحصته، و بقيه ذلك ميراث لهم.

و هو كما ترى لا ينطبق على شى ء من الأصول خصوصا بعد ما تسمع من بطلان الكتابه بموت المكاتب الذى مقتضاه سقوط قدر نصيبه من مال الكتابه، لأنه عوض فيهما فيقسط عليهما كالبيع لا أنه ينحصر فى أحدهما.

نعم لو شرط كفاله كل واحد منهما صاحبه أو ضمان ما عليه كان الشرط و المكاتبه صحيحين

لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (۱)

فيلزمه حينئذ حكم الكفاله، و ما عن بعضهم- من عدم صحه الكفاله لعدم لزوم مال الكتابه من جهه المكاتب و المشروط كجزء من العوض فيتبعه فى الجواز- واضح الضعف بعد ما عرفت من لزومها عندنا، و كذا الكلام فى صحه اشتراط الضمان لكن يعتقون حينئذ لصدق الأداء من كل منهم و إن بقى مديونا بغير مال الكتابه الذى كان عليه، نعم لو تقايل الضامن و المضمون له عاد المال إلى ذمه المكاتب و لكن لا يعود رقا، بل يكون حرا مشغول الذمه كما صرح به الكركى هنا فى حاشيته على الكتاب.

و على كل حال فما فى المختلف- من أنه إذا رضى المولى بضمانهم كلهم فهو كما لو لم يقع ضمان- واضح الفساد إلا أن يريد كعدم الضمان فى كون كل منهما مشغول الذمه بالمال، لكن فى الدروس لو شرط السيد بقاء الرق مع هذا الضمان حتى يؤديا أو تخيره فى الرجوع على من شاء منهما ففى كلام الشيخ إشعار بجوازه و ذكر فى الحائريات جواز ضمان اثنين مالا و اشتراط رجوعه على من شاء منهما، و هو إن لم يحمل على استحقاق ذلك بالشرط كان على وفق مذهب العامه الذى قد عرفت أن الأصحاب على خلافه، و الله العالم.

و لو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل كان الخيار لمولاه فى القبض و التأخير عندنا لاشتراك مصلحه الأجل بينهما، و لقاعده المؤمنون عند شروطهم،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴ من كتاب النكاح.

و ل

خبر إسحاق بن عمار (۱) عن الصادق علیه السلام عن أبیه علیهما السلام «إن مکاتبا أتی علیا علیه السلام و قال: إن سیدی کاتبنی و شرط علی نجوما فی کل سنه، فجئته بالمال کله ضربه فسألته أن یأخذ کله ضربه و یجیز عتقی فأبی علی، فدعاه علی علیه السلام فقال له: صدق فقال له: مالک لا تأخذ المال و تمضی عتقه؟ فقال: ما آخذ إلا النجوم التی شرطت و أتعرض بذلک إلی میراثه، فقال علی علیه السلام: أنت أحق بشرطک».

و لا ینافیه

صحیح الحلبی (۲) عن أبی عبد الله علیه السلام أیضا «فی مکاتب ینفذ نصف مکاتبته و یبقی علیه النصف فیدعو موالیه و یقول: خذوا ما بقی ضربه واحده، قال: یأخذون ما بقی و یعتق»

بعد حمله علی بیان الجواز لا- اللزوم و لو لرجحان الأول علیه من وجوه، خصوصا بعد أن لم نعرف قائلا- به منا، نعم عن ابن الجنید وجوب القبول فی خصوص ما إذا کان المکاتب مریضا و أوصی بوصایا و أقر بدیون، لأن فی امتناعه حینئذ إبطالا لإقراره و وصیته، و هو کما تری، و عن بعض العامه قول بإجبار المولی حیث لا ضرر علیه، لأن الأجل حق من علیه الدین، و قد تقدم فی کتاب البیع بعض الکلام فی المسأله، و الله العالم.

و لو عجز المکاتب المطلق کان علی الامام أن یفکه من سهم الرقاب بلا خلاف أجده، بل ظاهرهم الاتفاق علیه، و لعله

للخبر المرسل (۳)

عن مکاتب عجز عن مکاتبته و قد أدی بعضها، قال، یؤدی عنه من مال الصدقه، فإن الله یقول فی کتابه وَ فِی الرِّقابِ (۴)».

لکن فی الریاض «هو بعد الإغماض عن سنده غیر واضح الدلاله علی ما ذکروه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱ راجع التهذیب ج ۸ ص ۲۷۱ الرقم ۹۹۰ و الاستبصار ج ۴ ص ۳۹ الرقم ۱۳۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۱- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۴- ۴ سوره التوبه: ۹- الآیه ۶۰.

من الوجوب من وجوه، و لذا يظهر من الكفايه التردد فيه تبعا للسيد فی شرح الكتاب و لعله فی محله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه» و كان هذا منه من الغرائب، لمعلوميه شده اعتماده على الشهره فی جبرها للسند و الدلاله، بل المحكی عنه أنه يرى حجيتها فضلا عن جبرها.

إنما الكلام فيما فی المسالك تبعا للدروس من أن للمولى رده فی الرق إن تعذر ذلك، و حكاه الكركی فی حاشيه الكتاب على الدروس و استحسنه، ضروره عدم دليل يدل على خيار المولى فی المكاتبه المطلقه مع العجز، بل مقتضى الأصل و غيره خلافه، بل

خبر القاسم بن سليمان (۱) عن أبی عبد الله عليه السلام «إن عليا عليه السلام كان يستسعى المكاتب، إنهم لم يكونوا يشترطون إن عجز فهو رق»

كالصريح فی عدم الخيار فی المكاتب المطلق، و إطلاق بعض النصوص (۲)

الخيار مع العجز لو كان منزل على المشروط، خصوصا بعد

قوله عليه السلام «رد رقا»

الظاهر فی استرقاقه أجمع، و هو إنما يسلم فی المشروط بخلاف المطلق إذا أدى بعض مكاتبته، فإنه لا يرد جميعه رقا و إن عجز إجماعا أو ضروره (و بالجمله) المسأله فی غايه الإشكال كما أشرنا إليها سابقا، و لم أعثر على من تعرض لتنقيحها، و الله العالم.

و كيف كان ف المكاتبه الفاسده لا يتعلق بها حكم بل تقع لاغيه عندنا كغيرها من العقود، و الفساد و البطلان عندنا بمعنى، سواء كان الاختلال بالأركان أو بغيرها، خلافا لبعض العامه، ففرق هنا بين الباطله و الفاسده، و جعل الفاسده تساوی الصحيحه فی أمور ثلاثه، و هو كما ترى من خرافاتهم البارده التی لا تستأهل نقلا، و الله العالم. هذا كله فی بيان أركان المكاتبه.

[الثانی فی الأحكام]

[المسأله الأولى إذا مات المكاتب و كان مشروطا بطلت المكاتبه]

و أما الأحكام فتشتمل على مسائل:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب المكاتبه الحديث ۳ و ۴.

الأولى:

إذا مات المكاتب و كان مشروطا بطلت المكاتبه و إن بقى من العوض يسير، و كان ما تركه لمولاه و إن كان أزيد من مال الكتابه. و كان أولاده رقا أيضا للمولى لا لما ذكر مما لا يقتضى انفساخ العقد اللازم، بل للمعتبره المستفيضه ك

صحيحه ابن سنان (۱) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى مكاتب يموت و قد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكا و الجاريه، و إن لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى»

و خبر مهزم (۲)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب يموت و له ولد، فقال: إن كان اشترط عليه فولده مماليك، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده فى مكاتبه أبيهم، و عتقوا إذا أدوا»

و غيرهما من النصوص (۳)

الداله على ذلك منطوقا و مفهوما.

و حينئذ فمئونه تجهيزه على مولاه، لأنه حينئذ بحكم القن، خلافا للخلاف، فحكم فيما لو خلف ما يفى بالمكاتبه بوجوب أداء ما عليه من مال الكتابه و كون الباقى إن كان للوارث، و هو- مع مخالفته الأدله المتقدمه- غير واضح الحجه، بل لم يحك عن أحد موافقته على ذلك سوى الصدوق، فإنه أطلق على ما حكى عنه الحكم بوجوب إيفاء ما بقى عليه من اكتسابه على ابنه من الجاريه، و أنه يرث ما بقى، من غير تفصيل بين المطلق و المشروط، لكن ربما أشعر سياق عبارته بإراده التعبير بمضمون خبر ابن سنان المتقدم الذى هو فى المطلق دون المشروط، فلاحظ.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المكاتبه الحديث ۳.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث الحديث ۷- من كتاب المواريث.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث من كتاب المواريث.

و کـذا الکلام إذا کان مطلقا و لم یؤد شـیئا علی المشـهور، بل لم أجد فیه خلافا، بل فی الدروس نسـبته إلی ظاهر الأصـحاب، و لعله ل

صحیح محمد بن قیس (۱) عن أبی عبد الله علیه السـلام «قضـی أمیر المؤمنین علیه السـلام فی مکاتب توفی و له مال قال: یقسم ماله علی قدر ما أعتق منه لورثته و ما لم یعتق یحتسب منه لأربابه الذین کاتبوه، هو مالهم»

و غیره من الصحاح (۲)

التی تسـمعها الـداله بمنطوقهـا علی أن مـا یترکه لسیده بقـدر مـا لم یعتق منه، و بفحواها علی عـدم الفرق بین الکل و البعض، و صحیـح ابن سـنان و إن کـان سؤاله مطلقـا إلاـ أن قوله علیه السـلام فی الجواب: «مـا بقی» ظـاهر فیمن أدی بعضا، نعم خبر مهزم مطلق، بـل ظـاهره سـعی الولـد فی المکاتبه، و یمکن حمله علی سـعیهم فیما بقی منها، لکن مع ذلک احتمل فی الـدروس فیمن خلف مالاـ یفی بالکتـابه و لم یکن قـد أدی شـیئا أنه یرث قریبه مـا فضـل من مـال الکتابه، لأنه کالـدین، و هو متجه إن لم یکن إجماعا، استصحابا لبقاء حکم الکتابه التی هی کما عرفت من العقود اللازمه، هذا کله فیمن لم یؤد.

و إن لم یکن مشروطا و قد أدی بعض مکاتبته تحرر منه بقدر ما أداه و کان الباقی رقا بلا خلاف و لا إشکال و حینئذ ف لمولاه من ترکته بقدر ما فیه من رق و لورثته بقدر ما فیه من حریه و یؤدی الوارث التابع له فی الحریه و الرقیه مما حصل له من نصیـب الحریه ما بقی من مال الکتابه علی المشهور شهره عظیمه، لصحیح محمد بن قیس (۳)

السابق، و

صحیح یزید العجلی (۴)

«سـألته عن رجـل کـاتب عبـدا له علی ألف درهم و لم یشترط علیه إن هو إن عجز عن مکـاتبته فهو رد فی الرق و أن المکـاتب أدی إلی مولاه خمسمائه درهم، ثم مات المکاتب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث من کتاب المواریث.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث الحدیث ۵ من کتاب المواریث عن برید العجلی.

و ترک مالاـ و ترک ابنا له مـدرکا، قـال: نصف مـا یـدرک المکاتب من شـی ء فإنه لمولاه الـذی کاتبه، و النصف الباقی لابن المکاتب، لأن المکاتب مات نصفه حر و نصفه عبد للذی کاتبه، و ابن المکاتب کهیئه أبیه نصفه حر و نصفه عبد، فإن أدی إلی الذی کاتب أباه ما بقی علی أبیه فهو حر لا سبیل لأحد من الناس علیه»

و غیرهما.

بل إن لم یکن له مال سعی الأولاد فیما بقی علی أبیهم کما هی القاعـده فی الـذی تحرر بعضه، و دل علیه هنا ما تقـدم من خبر مهزم (۱)

و حینئـذ ف مع الأـداء ینعتق الأولاـد و لکن أداؤهم و سـعیهم بالسویه و إن اختلفوا فی الاسـتحقاق للمیراث لاختلافهم ذکوره و أنوثه، أو القیمه فـإنهم متسـاوون فیما عتق منهم و ما بقی، و لو تعـذر الاستیفاء من بعضـهم لغیبه و غیرها أخـذ من نصـیب الباقی جمیع ما تخلف علی الأب، إذ ما لم یأخـذ الجمیع لم یصـر الأب بمنزله من أعتق جمیعهم، فلم یفـد عتق جمیع الباقی، و إذا أخذ الجمیع عتق الجمیع أی الغـائب و البـاقی، بل لو لم یکن ترکه و غاب البعض أو لم یسع سـعی الباقی فی الجمیع، و لیس للمؤدی مطالبه الغائب بنصیبه، لأن کل جزء مما یؤدیه یدخل فی عتق نفسه و إن لزمه انعتاق الجمیع بالإتمام.

و هل للمولی إجبارهم علی الأداء و لو بالسعی؟ فیه تردد من الأمر فی ظاهر النصوص (۲)

و من کون الحق لهم، و قد تقدم الکلام فی ذلک فی کتاب العتق هذا کله علی المشـهور بین الأصـحاب و لکن فیه روایه أخری تقتضی أداء ما تخلف من أصل الترکه لأنه بحکم الدین و حینئذ ف یتحرر الأولاد؛ و ما بقی فلهم إرثا.

و هی

صحیحه جمیل بن دراج (۳) عن أبی عبد الله علیه السلام «فی مکاتب یموت و قد أدی بعض مکاتبته و له ابن من جاریه و ترک مالا، قال: یؤدی ابنه بقیه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث الحدیث ۷ من کتاب المواریث.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث من کتاب المواریث.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب موانع الإرث الحدیث ۶ من کتاب المواریث.

مکاتبته، و یعتق و یرث ما بقی»

و روایه أبی الصباح (۱) عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث إنه قال: «فی المکاتب یؤدی بعض مکاتبته ثم یموت و یترک مالا أکثر مما علیه من مکاتبته، قال: یوفی موالیه ما بقی من مکاتبته، و ما بقی فلولده»

و نحوها صحیحه الحلبی (۲)

و غیرها، و قد سمعت صحیحه ابن سنان (۳) السابقه و لکن لم نعرف عاملا بها إلا ما یحکی عن الإسکافی، و ما سمعته من إطلاق عباره الصدوق ره.

و من هنا کان الأول مع أنه أشهر بل المشهور أظهر ترجیحا لنصوصه المعتضده بالشهره علی هذه النصوص، بل قیل: إنها معتضده بالأصول الظاهره التی لأجلها أفتی الحلبی بما علیه الأکثر، فقال: «و الذی ینبغی تحصیله فی ذلک أن نقول یرث السید بمقدار ما فیه من العبودیه، و ابنه أو وارثه بقدر ما تحرر منه، و یؤخذ بقیه مال الکتابه من نصیب وارث المکاتب إذا صار إلیه نصیبه، لأن الدین الذی هو مال الکتابه یخرج من نصیب الوارث لأجزائه الحریه (۴) دون جمیع ما خلفه و ترکه المیت، لأن الأجزاء الباقیه علی العبودیه لا تملک شیئا، لأنه مال سیده دونه» إلی آخره و إن کان دعوی کون ذلک هو مقتضی الأصول لا تخلو من مناقشه، و العمده النصوص المزبوره المرجحه بما سمعت،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱. راجع التهذیب ج ۸ ص ۲۷۱ الرقم ۹۹۰ و الاستبصار ج ۴ ص ۳۹ الرقم ۱۳۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۳.

۴- ۴ هکذا فی النسخه الأصلیه: المسوده و المبیضه، الا أن الموجود فی السرائر طبعه حجر «من نصیب المال الوارث الآخر من جهه الجزیه دون جمیع ما خلفه» و فی المخطوط منه عام ۶۰۳ المحتفظ به فی مکتبه الروضه الرضویه علی صاحبها آلاف التحیه و الثناء فی «مشهد» خراسان الذی أوقفها الشیخ البهائی قده «من نصیب الوارث للاجزاء الحریه دون جمیع ما خلفه.».

فیجب حینئذ طرح ما قابلها أو حمله علی أدائه ما بقی من نصیبه- لا من أصل المال- و إرثه لما بقی إن کان فی النصیب بقیه، و إن کان ذلک بعیدا إلا أنه لا بأس به بعد رجحان المعارض، و الله العالم.

و کیف کان ف لو أوصی له أی المکاتب الذی تحرر بعضه بوصیه صح له منها بقدر ما فیه من حریه و بطل ما زاد علی المشهور بین الأصحاب، ل

خبر محمد بن قیس (۱) عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی مکاتب تحته حره فأوصت له عند موتها بوصیه فقال أهل المرأه:

لا تجوز وصیتها له، لأنه مکاتب لم یعتق و لا یرث، فقضی علیه السلام أنه یرث بحساب ما أعتق منه، و قضی فی مکاتب قضی ربع ما علیه فأعتق فأوصی له بوصیه، فأجاز له ربع الوصیه، و قضی فی رجل حر أوصی لمکاتبته و قد قضت سدس ما کان علیها فأجاز بحساب ما أعتق منها، و قضی فی وصیه مکاتب قد قضی بعض ما کوتب علیه أنه یجاز من وصیته بحساب ما أعتق منه».

و قیل تصح له مطلقا، لأنها نوع اکتساب و هو غیر ممنوع، و مال إلیه فی المسالک لضعف الخبر المزبور، هذا إذا کان الموصی غیر المولی أما هو فتصح وصیته له مطلقا، فان کانت أزید مما علیه عتق أجمع و کان الزائد له، کما تقدم تحقیق ذلک کله فی کتاب الوصایا، فلاحظ.

و لو وجب علیه حد فان لم یتحرر منه شی ء حد حد العبید لبناء الحدود علی التخفیف، فیرجع فیه جانب العبودیه و إن لم یکن عبدا محضا بالکتابه و إن تحرر منه شی ء أقیم علیه من حد الأحرار بنسبه الحریه و بنسبه الرقیه من حد العبید فان انقسمت الأسواط علی صحه و إلا قبض من السوط علی النسبه، و

صحیح الحلبی (۲) عن أبی عبد الله علیه السلام «فی المکاتب یجلد الحد بقدر ما أعتق منه»

أی و من حد العبد بقدر ما لم یعتق، و إنما لم یذکره لظهوره، أو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

لأنه لا يقصر عن الأقل فبين الأكثر، و لو كان الذنب موجبا للحد على تقدير الحريه دون الرقيه كالرجم انتفى رأسا و جلد.

و كذا لو قذفه قاذف، فإنه يجب عليه من حد الأحرار بنسبه الحريه و يسقط ما قابل الرقيه إذ لا يجب الحد على قاذفه، بل التعزير، و هو لا ينتصف بل يناط بنظر الحاكم، فيعزره عن جزء الرقيه حينئذ بما يراه، و الله العالم.

و لو زنى المولى بمكاتبته التى قد تحرر منها بعض سقط عنه من الحد بقدر ماله فيها من الرق و حد بالباقى إذا كان مما يقبل التجزئه كالجلد، و لو لم يقبلها كالرجم سقط أيضا و وجب الجلد، بل لعل الرجم هنا منتف من أصله، لأن شرطه الإحصان المشروط بزنا الحر بالحر مع باقى الشرائط، فيجب الجلد حينئذ ابتداء لا لتعذر تبعيض الرجم.

و عن بعض العامه عدم الحد فى وطء المولى المكاتبه لمكان ماله فيها من الملك و أوجب التعزير، و فيه أنه وطء محرم بمن قد صارت أجنبيه فيجب الحد، نعم لا يجب كما له لما له فيها من الملك الموجب لانتفاء الحد و إن كان متزلزلا، فيجب بالنسبه، و فى

خبر الحسين بن خالد (۱) عن الصادق عليه السلام قال: «سئل عن حل كاتب أمه له فقالت الأمه: ما أديت من مكاتبتى فأنا به حره على حساب ذلك؟ فقال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها و جامعها مولاها بعد ذلك، فقال: إن كان استكرها على ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبتها و درئ عنه من الحد بقدر ما بقى له من مكاتبتها، و إن كانت تابعته كانت شريكه فى الحد، ضربت مثل ما يضرب»

، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

[المسأله الثانيه ليس للمكاتب بقسميه التصرف فى ماله ببيع]

المسأله الثانيه:

ليس للمكـاتب بقسـميه التصـرف فى مـاله ببيع محاباه مثلا و لا هبه و لا عتق و لا إقراض و لا غيرهـا من التصـرفات المنـافيه للاكتسـاب كالعـاريه و الهـديه و نحوهـا إلا بـإذن مولاه، لأنه لم يخرج بالمكـاتبه عن العبوديه و إنما اقتضت جواز التكسب له خاصه، ل

صحيح معاويه بن وهب (١) عن الصادق عليه السـلام «فى مملوك كاتب على نفسه و ماله و له أمه و قد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمه و تزوجها، قال: لا يصح له أن يحدث فيما له إلا الأكله من الطعام، و نكاحه فاسد مردود، قيل: فان سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئا، قال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر، قيل: فان المكاتب عتق أ فترى أن يجدد نكاحه أو يمضى على النكاح الأول؟ قال: يمضى على نكاحه الأول»

و إطلاقه كالمتن و نحوه يقتضى عدم الفرق بين المطلق و المشروط فى ذلك.

لكن فى

خبر أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبه و لا نكاح و لا شهاده و لا حج حتى يؤدى جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن عجز فهو رد فى الرق»

و نحوه فى

خبره الآخر (٣) عنه عليه السـلام أيضا الذى ترك فيه النكاح و الشـهاده و الحج و زاد «و لكن يبيع و يشترى، و إن وقع عليه دين فى تجارته كان على مولاه أن يقضى عنه، لأنه عبده»

و ظاهرهما اختصاص الحكم بالمشروط إلا أنى لم أجد عاملا بهما، ك

صحيح الحلبى (۴) عنه عليه السلام أيضا

١- ١ ذكر صدره فى الوسائل فى البـاب- ۶- من أبواب المكـاتبه الحـديث ١ و البـاب- ٢٣- من أبواب نكـاح العبيـد و الإماء الحديث ٣ و ذيله فى الباب- ٢۶- منها الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المكاتبه الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المكاتبه الحديث ٣.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المكاتبه الحديث ۵.

إنه قال فى حديث «فى المكاتب يشترط عليه مولاه أن لا يتزوج إلا بإذن منه حتى يؤدى مكاتبته، قال: ينبغى له أن لا يتزوج إلا بإذن منه إن له شرطه»

الظاهر بسبب دلاله مفهوم تعليله على أنه لولا الشرط لجاز نكاحه، و يمكن حمل الأولين على إراده بيان عدم جواز التصرفات بالكليه إلى حين الأداء، و ليس إلا فى المشروط، فان المطلق قد يجوز له التصرف فى الجمله قبل أداء الجميع، و ذلك كما إذا أدى البعض و تحرر قدر منه فإنه يصح تصرفه بنسبه الحريه.

ثم إن ظاهر اقتصار المصنف على الهبه و العتق و القرض يقتضى المنع من التصرفات المنافيه للاكتساب لا- مطلق التصرف، خصوصا بعد ملاحظه كلامه الاتى فى اللواحق الدال على إراده المحاباه من البيع هنا لا مطلقا، فمن الغريب ما فى المسالك من نسبه إطلاق المنع إلى المصنف و غيره و أنه لا بد من تقييده.

و أغرب منه ما فى الرياض حيث جعله مسأله خلافيه، و استشعر من النسبه المزبوره اتفاق المعظم لا الإجماع و إلا لما صح له مخالفته، ثم أخذ فى الاستدلال على القول بالتقييد بأنه مقتضى الجمع بين الصحيحين المتضمنين لعدم جواز التصرف بغير الأكل و لجواز البيع و الشراء، ثم تكلف و ادعى اقتضاء عقد الكتابه الاذن بالتصرفات التى لم تناف الاكتساب، فتدخل حينئذ فى قولهم إلا- مع الاذن، إلى غير ذلك من الكلمات التى لا وجه لها بعد ملاحظه كلامهم و تصريحهم- حتى المصنف فيما يأتى- بعدم جواز الرهن و القرض باعتبار المخاطره.

و فى القواعد «و أما العبد فليس له أن يتصرف فيما له بما ينافى الاكتساب كالمحاباه و الهبه و ما فيه خطر كالقرض و الرهن و القراض- إلى أن قال-: و له التصرف فى وجوه الاكتساب كالبيع من المولى و غيره، و كذا الشراء، و يبيع بالحال لا بالمؤجل، فإن زاد الثمن عن ثمن المثل و قبض ثمن المثل و أخر الزياده جاز،

و له أن يشترى بالدين و أن يستسلف» و مثله فى ذلک كله المصنف فيما يأتى من اللواحق و غيرهم.

نعم قد يظهر من استثنائهم جواز الاذن جواز التصرف المنافى معها و إن كانت متأخره فيستلزم جواز الفضوليه فى العتق حينئذ، و لعله كذلک، لما سمعته فى بحث الفضولى و أنه على القواعد و إن احتمل فى القواعد فيه الصحه و البطلان، بل قال: «و فى الكتابه إشكال من حيث إنها معاوضه أو عتق» و قد عرفت أنها ليست عتقا قطعا فتصح حينئذ بالاذن سابقه أو لاحقه، بل و بدونها إذا كانت من وجوه الاكتساب المأذون فيها المكاتب، و حينئذ فإن عجزا معا استرقهما المولى و إن عجز الثانى استرقه الأول، و إن عجز الأول و استرق عتق الثانى، و لو استرق الأول قبل أداء الثانى كان الأداء إلى السيد، و له النفقه على نفسه و ما يملكه بالمعروف، كما أن له البيع من مولاه و غيره، و للمولى أخذه بالشفعه و بالعكس، و فى ثبوت الربا بينه و بين المولى إذا كان مشروطا أو مطلقا لم يؤد إشكال، هذا و ستسمع إن شاء الله بعض الكلام فى المسأله فى اللواحق.

و كذا لا يجوز بلا خلاف و لا إشكال للمولى التصرف فى مال المكاتب الذى قد تبين من النص (۱)

و الفتوى أنه واسطه بين الرق و الحر بالنسبه إلى الأحكام التى منها ذلک، لقاعده حرمه التصرف فى مال الغير بعد أن كان مالكا إلا بما يتعلق بالاستيفاء بإذنه، لأنه مخير فى جهه الوفاء، نعم فى المسالک «قد يجوز تسلط المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطا و حل النجم و لم يؤده و كان بيده مال بقدره، و لو زاد فالتعيين موكول إليه، فإن امتنع عين الحاكم كما فى كل ممتنع» قلت: لا فرق بين المشروط و المطلق فى ذلک، كما أنه ينبغى إذن الحاكم مع الزياده و عدمها.

و لما عرفته من كون المكاتب كالواسطه لا يجوز له أى المولى وطء المكاتبه و إن أذنت بالملک و لا بالعقد لعدم كونها مملوكه محضه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸ و ۲۲- من أبواب المكاتبه.

أو حره كذلک، بل لو شرط الوطء عليها فی العقد لم يصح بل يبطل العقد علی الأصح، و عليه التعزير لا الحد، لأنها ملكه، و لذا جاز له عتقها، و قد سمعت ما فی خبر الحسين بن خالد (۱)

من درء الحد عنه بمقدار ما بقی له من مكاتبتها لو جامعها.

و لو طاوعته حدت أی عزرت إن لم تتبعض، لعدم خروجها عن ملكه، لكن فی المسالک «حدت حد المملوک إن لم تتبعض و إلا فبالنسبه» و قد قال قبل ذلک: «إنه إن وطأها المولی عالما بالتحريم عزر إن لم يتحرر منها شیء، و حد بنسبه الحريه إن تبعضت» و كأنه أخذه من الفاضل فی القواعد قال: «و لو طاوعت حدت علی إشكال دونه، و يعزر مع علمه بالتحريم» و فی الإيضاح «إذا وطأ المكاتب المكاتبه لم يجب عليه حد و إن كان عالما بالتحريم، لأن ملكه ثابت عليها، لنفوذ عتقه و إن كان ضعيفا، فإنه أقوی من الشبهه، قالوا فلا تعزير لسقوطه بالشبهه فيما هو أقوی و أولی، قلنا:

قال صلی الله عليه و آله و سلم (۲)

«ادرؤوا الحدود بالشبهات»

و لم يدرأ التعزير، و كل مقدم علی محرم يعزر».

قلت: لا يخفی عليک ما فی ثبوت الحد عليها و درئه عنه مع اشتراكهما فی صفه الملک، و لذا قال فی القواعد و كشف اللثام: «و لو وطأ إحداهن- أی ال ۹ مكاتبه أو ابنتها أو أمتها- مع علمهما بالتحريم عزرا و لم يحدا للملک، و يدل عليه ما تقدم من

خبر الحسين بن خالد (۳)

الناطق بدرء الحد عمن جامع مكاتبته، و عن بعض العامه أنهما يحدان»

و لعل العباره المزبوره التی حكيناها عن القواعد غير موجوده فی بعض نسخها، لأنی لم أعثر عليها مشروحه فی كشف اللثام و لا فی الإيضاح، و لم يتعرض لمضمونها فی الدروس.

و فی التحرير «فان طاوعته عزرت و يعزر للشبهه مع الشرط و عدمه- ثم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب مقدمات الحدود الحديث ۴ من كتاب الحدود.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

قال فی آخر المبحث-: و التعزیر الذی أوجبناه إنما هو للعالم منهما، فلو جهلا فلا تعزیر، و لو جهل أحدهما عزر الآخر».

و مما ذکرنا یظهر أن لها المهر علیه، لأنه من کسبها و إن طاوعته، کما جزم به فی الدروس، لأنها لیست بزانیه، و لذا لم تحد و تکون أم ولد، و لإطلاق

خبر علی بن جعفر (۱) عن أخیه علیه السلام «فی رجل وقع علی مکاتبته، قال: علیه مهر مثلها، فان ولدت منه فهی علی مکاتبتها، و إن عجزت فردت فی الرق فهی من أمهات الأولاد»

و خبر السکونی (۲) عن الصادق علیه السلام «إن أمیر المؤمنین علیه السلام قال فی مکاتبه یطأها مولاها فتحمل، قال: یرد علیها مهر مثلها، و تسعی فی قیمتها، فان عجزت فهی من أمهات الأولاد».

بل قد یقوی تکرر المهر بتکرر الوطء و إن لم یتخلل الأداء، لتعدد السبب، اللهم إلا أن یدعی انسیاق الاتحاد من الخبرین، مضافا إلی أصل البراءه، لکن دعوی الانسیاق حتی مع التخلل کما تری، و من هنا استوجه غیر واحد التفصیل بذلک، و قد یحتمل التعدد بالعلم بالحکم، و إلا فمع الشبهه المستمره مهر واحد.

و کذا لا یجوز له وطء أمه المکاتبه و لا أمه المکاتب و لو وطأ لشبهه أو غیر شبهه کان علیه المهر لما عرفت، نعم لو وطأ بنت المکاتبه المملوکه له لم یکن علیه مهر، لأنها أمته، و إنما وجب المهر لنفسها و لأمتها لأنه من کسبها بخلاف مهر البنت، کما هو واضح.

و کلما یکتسبه المکاتب قبل الأداء و بعده فهو له، لأن تسلط المولی زال عنه بالکتابه نعم لو عجز ففسخ المولی ملکه معه کما تقدم.

و لا تتزوج المکاتبه إلا بإذنه لأنها مملوکته، و لما فی تزویجها من التغریر بها، و لفحوی ما سمعته من النهی للمکاتب عن ذلک فی النصوص (۳)

السابقه، بل یمکن إراده الجنس الشامل للذکر و الأنثی منه، و خصوص

خبر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب المکاتبه الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المکاتبه.

أبی بصیر (۱) سأل الباقر علیه السلام «عن رجل أعتق نصف جاریته ثم إنه کاتبها علی النصف الآخر بعد ذلک، قال: فلیشترط علیها أنها إن عجزت عن نجومها فإنها ترد فی الرق فی نصف رقبتها، فان شاء کان له فی الخدمه یوم و لها یوم إن لم یکاتبها، قال: قلت: فلها أن تتزوج فی تلک الحال؟ قال: لا حتی تؤدی جمیع ما علیها فی نصف رقبتها».

و حینئذ ف لو بادرت کان عقدها موقوفا علی الاذن أو علی الأداء مشروطه کانت أو مطلقه و لم یقع باطلا، لما سمعته من صحیح ابن وهب (۲)

السابق و غیره، و کذا لیس للمکاتب أن یزوج عبیده من إمائه بغیر إذن مولاه، لأنه خطر و لا اکتساب فیه.

و کذا لیس له وطء أمه یبتاعها إلا بإذن مولاه و لو کانت کتابه مطلقه لأنه تصرف بغیر الاکتساب أیضا، و فیه خطر، بل عن بعض العامه عدم الجواز حتی مع الاذن، لکنه کما تری. نعم لا مهر لها، لأنه لو ثبت لکان له، و لا حد لو فعل، لأنها مملوکه، فان حملت منه فالولد له، لأنه نماء ملکه الذی هو الجاریه المملوکه له، فحملها منه حینئذ کحملها من غیره، و لکن لا یعتق علیه الان کما فی القواعد و شرحها و التحریر و المسالک، لنقصان ملکه، نعم إن أدی عتق و عتق الولد و إن عجز استرقا معا.

و هل تکون أم ولد بعد العتق؟ وجهان و فی التحریر الأقرب ذلک، و تبعه فی المسالک، و لعله لصدق أم الولد علیها، لکن قد یناقش بلحوق حریته بالأداء لا بنفس الاستیلاد الذی هو المنساق من نصوص أم الولد (۳)

بل المنساق منها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب الاستیلاد من کتاب التدبیر و المکاتبه و الاستیلاد.

الموطوءه للسید الحر لا المملوک، و الأصل عدم لحوق أحکامها حتی لو أتت به بعد العتق إذا کان لدون السته أشهر من وقت العتق، لتبین کون العلوق به فی الرق.

نعم إن کان لما زاد عن سته أشهر إلی أقصی الحمل احتمل أن تصیر مستولده له عملا بالأصل، مع أنه قد یناقش فیه أیضا (أولا) بمخالفته للغالب، و (ثانیا) بعدم کفایه مثله فی تحقق عنوان أم الولد علی وجه تلحقها الأحکام، خصوصا إذا لم یکن قد وطأها بعد الحریه بحیث یمکن استناده إلیه، و إن وجهه فی المسالک بکونها فراشا یلحق به الولد فی الجمله قبل الحریه، و هو مستدام بعدها، و إمکان العلوق به بعد الحریه قائم، فیکتفی به لثبوت الاستیلاد ظاهرا و إن افترق فیما بینه و بین الله سبحانه، إلا أنه کما تری، و الله العالم.

[المسأله الثالثه کل ما یشترط المولی علی المکاتب]

المسأله الثالثه:

کل ما یشترط المولی علی المکاتب من عمل مخصوص زمن الکتابه أو بعد العتق بالأداء أو الاکتساب علی وجه معین أو نحو ذلک و بالعکس فی عقد الکتابه یکون لازما

لعموم «المؤمنون» (۱)

و «أَوْفُوا» (۲) و غیرهما ما لم یکن منافیا لمقتضی العقد أو مخالفا للکتاب و السنه علی نحو غیره من الشرائط فی العقود، فلو شرط عدم الحریه بعد الأداء أو الوطء بطل الشرط، بل الأقوی بطلان العقد کما تقدم محررا فی کتاب البیع (۳) الذی مر فیه تسلط من له الشرط علی الخیار مع عدم الوفاء مطلقا أو إذا تعذر جبره علی الوفاء، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴ من کتاب النکاح.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

۳- ۳ راجع ج ۲۳ ص ۲۱۰- ۲۱۶.

[المسأله الرابعه لا يدخل الحمل فى كتابه أمه]

المسأله الرابعه:

لا- يدخل الحمل المعلوم وجوده حال الكتابه و لو بانفصاله لدون سته أشهر من حين الكتابه فى كتابه امه فضلا عن أبيه و إن قصده، لعدم قابليته للمعامله، و عدم دليل على التبعيه، بخلاف التدبير الذى هو عتق يقع على الصغير و الكبير، فهو حينئذ كالولد المنفصل، خلافا لبعض العامه فأدخله تبعا لا على جهه السرايه كما يتبع الحامل فى البيع، و هو واضح الضعف فى المقيس و المقيس عليه.

لكن لو حملت بمملوك بعد الكتابه لكونه من عبد السيد بإذنه أو زنا و هى جاهله بل أو عالمه، كما أطلقه جماعه و إن أشكله فى الدروس، لعدم إلحاقه بها شرعا كان حكم أولادها كحكمها بمعنى أنه ينعتق منهم بحساب ما ينعتق من ها كلا أو بعضا بالعتق أو بالأداء أو بالإبراء، لما سمعته فى صحيحى ابن قيس (۱)

و بريد العجلى (۲)

المتقدمين سابقا، و لما قيل من أن الولد من كسبها فيتوقف أمره على رقها و حريتها كسائر كسبها، و هذا و نحوه هو المراد بكونهم بحكمها لا أنهم يصيرون مكاتبين، إذ لم يجر معهم عقد المكاتبه، بل المراد انعتاقهم بانعتاقها من جهه الكتابه، حتى لو فسخت الكتابه ثم عتقت الأم لم ينعتق الولد، و لا ينافى ذلك ما سمعته من أداء الأولاد ما بقى من مال الكتابه المطلقه التى قد أدى بعضها للأدله الخاصه.

هذا و فى المسالك «و هل يثبت حق ملكهم قبل الانعتاق للأم أم للمولى؟

وجهان، من أنه تابع للأم و حق له، و من أنه من جمله كسبها، فيكون لها، و تظهر الفائده فيما لو قتله قاتل، فعلى الأول تكون القيمه للمولى كما لو قتلت الأم،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

و على الثانى يكون للمكاتبه تستعين به فى أداء النجوم، أما كسب الولد و أرش الجنايه عليه فيما دون النفس و أرش الوطء بالشبهه لو كانت جاريه فموقوف على عتقها فتكون له، و إلا فللمولى ككسب الام، فلو عجزت الام و أرادت الاستعانه بكسب ولدها الموقوف ففى إجابتها وجهان مبنيان على أن الحق هل هو للمولى أولها؟

فعلى الثانى لا إشكال فى جواز استعانتها به، و على الأول يحتمله أيضا، لأنها إذا رقت رق الولد و أخذ المولى كسبه، و إذا أعتقت عتق، و قد يفضل شى ء من الكسب ففى إجابتها حظ للولد و عدمه، لأنه لا حق لها فى كسبه، لأن الكلام على تقديره، و تظهر الفائده أيضا فى نفقه الولد، و الوجه أنها فى كسبه، و ما فضل فهو الذى يوقف، فان لم يكن له كسب أو لم يف بالنفقه ففيه وجهان، أظهرهما أنها على المولى بناء على أن حق الملك له و إن كان مراعى، و الثانى أن ينفق عليه من بيت المال، لأن تكليفه النفقه من غير أن يصرف إليه الكسب فى الحال إجحاف به، و فيه وجه ثالث أنه على الأم، لأن كسبه قد تنتفع به فتكون نفقته عليها، لتبعيه النفقه للكسب».

و قد تبع ببعض ذلك الدروس قال: «و لو جنى على ولدها فى طرف فهو موقوف، فان عتق ملكه و إلا فللسيد، فلو أشرفت الأم على العجز فلها الاستعانه به، و كذا كسبه، و لو قتل فالقيمه للام، لعدم تمكن السيد من التصرف فيه، و يحتمل للسيد كما لو قتلت الام و نفقته من كسبه فان قصر أتمه السيد، لأنه ملكه و إن كان موقوفا، و فى جواز إعتاق المولى إياه وجهان، من تحقق الملك، و من تعلق حق الام بكسبه فى الاستعانه، و حكم ولد الولد من أمته حكم الولد».

و قد تبع هو ما فى التحرير قال: «لو قتل الولد احتمل صيروره القيمه للسيد كالأم و عدمه، لأنه لا يملك التصرف فيه مع كونه قنا، فلا يستحق قيمته، و قواه الشيخ، و لو جنى عليه أو كسب فالأقوى أنه موقوف يملكه إن عتق و إلا فلسيده، فإن أشرفت امه على العجز كان لها الاستعانه، و لو مات الولد قبل عتق الام فكسبه كقيمته لو قتل، و نفقته من كسبه، فان قصرت فالأقوى على السيد

لأنه يسترقه مع العجز، و يحتمل أخذ الناقص من بيت المال، و لو أعتقه مولاه فان قلنا كسبه للسيد أو أنه موقوف و ليس للأم الاستعانه به عند العجز، صح و إن قلنا للأم أو بالوقف مع جواز الاستعانه لم ينفذ، و الأقوى عندى نفوذه على التقديرين» و نحو ذلك فى القواعد و شرحها.

قلت: لكن قد يناقش فى ذلك كله بأن مقتضى القواعد بعد أن لم يكن مكاتبا بكتابه امه ملكيه السيد للولد بقاعده النماء، و ليس هو من كسبها و إلا لملكته و وفت به، و من المعلوم عدمه، ضروره كونه من نمائها الذى هو مملوك للسيد، و ثبوت تبعيته لها فى التحرير و عدمه مع فرض بقائه لا ينافى كونه ملكا له الان على وجه يجرى عليه حكم الملك من المعتق و نحوه، و حينئذ يتجه كون كسبه و قيمته لو قتل و قيمه أطرافه له أيضا، و ليس لها الاستعانه بشى ء من ذلك فى وفاء نجومها، و نفقته على السيد، و مئونه تجهيزه كذلك، بل إن لم يكن إجماع جاز له التصرف فيه ببيع و نحوه، خصوصا بعد عدم الدليل على كثير مما ذكروه هنا من وقف الكسب و من استعانه الام عند العجز و غيرهما، فتأمل جيدا، فان التحقيق ما ذكرناه إن لم يكن إجماع على خلافه، و الله العالم.

و لو تزوجت بحر باذن السيد كان أولادها أحرارا مع عدم شرط الرقيه عليه بناء على صحته و لو حملت من مولاها لم تبطل الكتابه للأصل و غيره و كان الولد حرا، لأنها علقت به فى ملكه، و تصير أم ولد له بلا خلاف أجده فيه، مضافا إلى ما سمعته من خبر على بن جعفر (۱)

و لولاه لأمكن المناقشه بنقصان ملكه، فلا يقتضى انعتاقه عليه، نحو ما سمعته فى ولد المكاتب من جاريته، لكن على الأول مع كونها مكاتبه تصير أم ولد له. فان مات و عليها شى ء من مال الكتابه تحررت من نصيب ولدها، و هل يتبعها حريه ولدها من غير مولاها لو كان إشكال، لكن جزم فى التحرير بانعتاقه تبعا للام.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

فان لم یکن لها ولد من المولی حین موته أو لم یف نصیبه بما علیها سعت فی مال الکتابه أو ما بقی منه للوارث قال موسی بن جعفر علیهما السلام فی

خبر أخیه علی عنه علیه السلام «إن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم قال فی رجل وقع علی مکاتبته فوطأها أن علیه مهر مثلها، فان ولدت منه فهی علی مکاتبتها، و إن عجزت فردت فی الرق فهی من أمهات الأولاد»

و ظاهره أن علیه المهر خاصه دون قیمه الولد، کما جزم به فی التحریر فی نظیر المسأله.

لکن فی المسالک «و هل علیه قیمه الولد؟ یبنی علی ما تقدم من الوجهین، فان قلنا حق الملک فیه للسید فلا شی ء علیه، کما لو قتل ولد المکاتبه، و إن قلنا الحق لها فعلیه القیمه، و تستعین المکاتبه بها، فان عجزت قبل الأخذ سقطت، و إن عتقت أخذتها، و إن ولدت بعد ما عجزت و رقت فلا شی ء لها، و کذا لو ولدت بعد ما عتقت، لأنه حین تعذر تقویمه لیس بکسب مکاتبه» و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه، فلاحظ و تأمل.

و لو تنازع المولی و المکاتبه فی تقدم الولد علی الکتابه و تأخره ففی التحریر و القواعد و الدروس حلف المولی، و لو تنازع المکاتب و السید حلف المکاتب قالا:

«و الفرق أن یده ثابته علیه، و هو یدعی ملکه فیترجح بالید، و المکاتبه لا تدعی الملک، انما تدعی الوقف، و لم یثبت کون الید مرجحه للوقف».

قلت: بناء علی ملاحظه قاعده تأخر مجهول التاریخ عن معلومه ینبغی مراعاته، و الید لا تصلح للترجیح ما لم یسندها صاحبها إلی سبب خاص یکون به مدعیا، و بالجمله کلامهم هنا محتاج إلی التأمل فتأمل. و یتصور النزاع فی المکاتب بأن یزوجه أمته ثم یشتریها المکاتب فالولد قبل الشراء للسید و بعده للمکاتب.

[المسأله الخامسهالمشروط رق و فطرته علی مولاه]

المسأله الخامسه قد عرفت فیما تقدم أن المشروط رق و إن أدی أکثر ما علیه و حینئذ ف فطرته علی مولاه کما أطلقه جماعه تبعا لإطلاق النصوص (۱)

المتقدمه فی زکاه الفطره فطره العبد علی مولاه، و أنه أحد العیال، بل فی

مرفوع محمد ابن (۲) أحمد عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «یؤدی الرجل زکاه الفطره عن مکاتبه و رقیق امرأته و عبده النصرانی و المجوسی و من أغلق علیه بابه»

و منه و من غیره تعرف قوه احتمال کون فطرته علیه و إن لم یعمل به ما لم یعمل به غیره، لأنه عیاله شرعا، کما سمعته فی زکاه الفطره (۳).

مضافا إلی ما سمعته فی خبر أبی بصیر (۴)

السابق عنه علیه السلام أیضا فی خصوص المشروط «و إن وقع علیه دین فی تجاره کان علی مولاه أن یقضی عنه، لأنه عبده» و غیر ذلک مما دل علی عدم جواز تصرفه بماله فی غیر الاکتساب و نحوه الذی یکفی فی سقوطها عنه، لعدم تمکنه.

لکن مع ذلک کله وسوس فی المسالک فی ذلک، بل مال إلی عدمه، قال:

«المکاتب مطلقا قد خرج عن محض الرقیه، و لم یصر إلی حاله الحریه و هو مرتبه بینهما کما علم مرارا، و من سقوط أحکام الرقیه عنه سقوط نفقته عن مولاه و تعلقها بکسبه، و قد کان اللازم من ذلک ثبوت فطرته علی نفسه أیضا، لأنها تابعه للنفقه، لکن قد أطلق جماعه من الأصحاب وجوب فطره المشروط علی مولاه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب زکاه الفطره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب زکاه الفطره الحدیث ۹.

۳- ۳ راجع ج ۱۵ ص ۴۸۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المکاتبه الحدیث ۳.

و الحكم عليه بإطلاق الرقيه، مع أن

على بن جعفر (۱) روى عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن المكاتب هل عليه فطره رمضان أو على من كاتبه؟ فقال: الفطره عليه»

و لم يفرق بين القسمين، و فى الدروس اقتصر على نقل وجوب فطره المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب ثم احتمل عدمه محتجا بأنها تابعه للنفقه، و ابن البراج صرح بعدم وجوبها على المولى، و لا بأس بهذا القول و إن كان الأشهر خلافه، و أما المطلق فلا تجب فطرته على مولاه اتفاقا و لا على نفسه إلا أن يتحرر منه شى ء فتجب بنسبه الحريه».

و فيه- مع مخالفته ما عرفت- أن كون نفقته من كسبه- الذى هو للمولى مع العجز أوله مع عدمه و لكن ليس له التصرف فيه بنحو ذلك قبل الأداء- لا ينافي وجوب فطرته على مولاه، بل هو كالاجتهاد فى مقابله النص، و خبر على بن جعفر (۲)

يمكن حمله على المطلق الذى قد أدى بعض مكاتبته، فان فطرته عليه بمقدار ما فيه من الحريه بخلاف من لم يؤد شيئا، فإنه كالمشروط فى جميع ما سمعته.

و لعل المراد من قول المصنف و لو كان مطلقا لم يكن عليه فطرته أنه ليس كالمشروط فى وجوبها عليه مطلقا، بل هو إن لم يؤد ففطرته على مولاه و إن أدى بعضا ففطرته بالنسبه، بل فى حاشيه الكركى هنا بعد أن نسب عدم الفطره على مولى المطلق إلى المشهور قال: «إلا أنه يشكل بأن المكاتب المطلق إذا لم يؤد شيئا رق أيضا، فتجب فطرته لأنها تابعه للملك، و قد صرح بذلك فى التحرير فى باب زكاه الفطره، و لو تحرر بعضه فالفطره عليه و على مولاه بالتقسيط و هو جيد» و من الغريب دعوى الاتفاق على سقوطها عنه و عن مولاه مع عدم تحرير شى ء منه مع أنى لم أعرفه قولا لأحد إذ لا أقل من أن يكون كالمشروط الذى حكم بوجوب فطرته عليه، لأنها تابعه للنفقه، هذا و قد تقدم بعض الكلام فى ذلك فى زكاه الفطره، فلاحظ و تأمل حتى تعرف أنه لا قائل معلوم بما ذكره، و إنما ذكرناه هناك

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

احتمالا فی کلمات بعض القدماء، و الله العالم.

و إذا وجب علیه أی المکاتب مشروطا کان أو مطلقا لم یؤد کفاره مترتبه أو مخیره کفر بالصوم للحجر علیه بالتصرف فی المال بغیر الاکتساب، کما سمعته فیما تقدم نصا (۱)

و فتوی و حینئذ ف لو کفر بالعتق لم یجزه، و کذا لو کفر بالإطعام لأن کلا منهما تصرف فی المال بغیر اکتساب، و قد عرفت منعه منه، بل لو کان المولی أذن له قیل و القائل الشیخ فی محکی مبسوطه لم یجزه أیضا، لأنه کفر بما لم یجب علیه کالمعسر الذی تکلف التکفیر بما لم یجب علیه أو تبرع عنه، المحکی عن الشیخ فیه نفی الخلاف عن عدم إجزاء الکفاره عنه بما أعسر عنه، و حینئذ لم یوافق أحد منهما الأمر المقتضی للاجزاء، و إذن المولی إنما اقتضت رفع الحجر عنه لا توجه الخطاب إلیه.

و فیه أن إطلاق الأدله یقتضی خطابه بذلک سواء کان علی التخییر أو الترتیب بعد ارتفاع المانع، و من هنا نسبه المصنف إلی القیل مشعرا بتمریضه، بل ظاهر الکرکی الاجزاء تبعا لصریح الفاضل فی القواعد، بل هو خیره المصنف فی کتاب الأیمان، و حینئذ فلا یحتاج إلی ما فی المسالک من بناء المسأله علی أن التبرع عن المعسر بالکفاره التی لیست فرضه هل یجزئ عنه أم لا؟ فان قلنا بإجزائها أجزأ هنا بطریق أولی و إلا فلا، و فی المختلف ادعی الإجماع علی أن التبرع عن المعسر باذنه مجز فیجزئ هنا، و هو الوجه و فی المبسوط ادعی الإجماع علی عدم الاجزاء مع أنه فی باب الکفاره اختار الاجزاء و جعله الأظهر فی روایات أصحابنا، و وافقه ابن إدریس علی عدم الإجزاء، و إلیه أشار المصنف بقوله: «و قیل لم یجزه» و إن أومأ إلی بعض ذلک فی غایه المراد، ضروره عدم مدخلیه تلک المسأله لکون المکاتب موسرا إذا فرض کونه مکتسبا لما یحصل به ذلک، إلا أنه محجور علیه فی التصرف فیه بمثل ذلک، فمع فرض ارتفاع الحجر عنه بالاذن حصل الوصف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المکاتبه.

و توجه التخییری و الترتیبی بخلاف المعسر، فان التبرع عنه لا یجعله موسرا، کما هو واضح.

و من ذلک ینقدح النظر فیما فی الإیضاح من أنه بأمر السید لا یلزمه التکفیر بالمال، لأن علیه ضررا فیه، لأنه یفضی إلی تفویت حریته لعجزه بسببه، و لأن التبرع لا یلزم باذن السید، فحینئذ إذا أذن السید فیه صارت الکفاره المرتبه مخیره بالنسبه إلیه، و هذا هو الصحیح عندی، و سبب الاشتباه علی المانع الاشتراک اللفظی، فإن قوله: «کفر بما لم یجب علیه» إن أراد الوجوب العینی سلمناه، و إن أراد الوجوب المخیر منعناه، و لما لم یمیز بین الوجوبین منع» إذ هو کما تری، ضروره أنه بعد فرض تناول إطلاق أدله الکفاره للمکاتب المأذون و غیره یتجه الترتیب علیه، و ضرره مرتفع بفرض الیسار الذی مقتضاه وجود مقابل الکتابه عنده و زیاده، فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا ملک المملوک نصف نفسه مثلا کان کسبه بینه و بین مولاه]

المسأله السادسه:

إذا ملک المملوک نصف نفسه مثلا کان کسبه بینه و بین مولاه بلا خلاف و لا إشکال، إذ هو کنماء المشترک بین شریکین و لو طلب أحدهما المهایاه أجبر الممتنع کما عن بعضهم، لأن لکل منهما الانتفاع بنصیبه، و لا یمکن الجمع بین الحقین فی وقت واحد، فکانت المهایاه طریق الجمع بین الحقین و وسیله إلی قطع التنازع، و لا ضرر فیها، بل هی موافقه لقاعده لا ضرر و لا ضرار، مضافا إلی ظاهر

خبر عمار بن موسی (۱) عن أبی عبد الله علیه السلام «فی مکاتب بین شریکین فیعتق أحدهما نصیبه کیف یصنع الخادم؟ قال: یخدم الثانی یوما و یخدم نفسه یوما»

و غیره من النصوص (۲)

التی تقدمت سابقا فی استسعاء المبعض، نعم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب المکاتبه الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۴- من کتاب العتق الحدیث ۴ و ۵ و ۸.

يكفى فيها الإجابه إلى المهاياه اليوميه، و لا يجب الأزيد.

و قيل: لا يجبر للأصل بعد أن كانت غير لازمه إلا أن تكون بصلح و نحوه و قسمه لغير معلوم التساوى فى جملته لا أفراده، فيتوقف على التراضى، بل لا يظهر كونها قسمه لكون المنافع معدومه، و الخبر المزبور مع قطع النظر عن سنده لا يدل على تعيين ذلك كما فى المسالك، خصوصا بعد أن كان المفروض فيه الخدمه و معلوم عدم تساويها.

و من هنا قال المصنف و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التى تقدمت الإشاره إلى جمله منها فى كتاب القسمه، بل و فى كتاب الشركه التى من عيوبها ذلك و نحوه، و استحسنه الكركى و اختاره فى الإيضاح، و الله العالم.

[المسأله السابعه لو كاتب عبده و مات]

المسأله السابعه:

لو كاتب عبده و مات صح و خلف ورثه قاموا مقامه فى أنهم إذا أعتقوه أو أبرؤوه من النجوم أو استوفوا المال عتق و لو أبرأه أحد الوراث من نصيبه من مال الكتابه أو استوفاه باذن شركائه أو أعتق نصيبه صح و انعتق من المكاتب المطلق مقدار ذلك و لا يقوم عليه الباقى فى صورتى الأداء و الإبراء، للأصل بعد فرض عدم تناول دليل التقويم لمثله، خصوصا و المكاتب فى المقام هو المورث، و إنما الإبراء تنفيذ المكاتبه.

على أن التحقيق عدم السرايه فى المطلق إذا أدى شيئا للمورث و انعتق منه جزء فصلا عن الوارث، لعدم صدق العتق بالتحرير بأداء مال الكتابه التى قد عرفت أنها معامله مستقله لا بيع العبد من نفسه و لا عتق بعوض.

و أما لو أعتق فإن قلنا بعدم السرايه لو أعتق المورث بعض مكاتبه أو حصته من المكاتب المشترك لخروجه بالمكاتبه عن محض الرقيه فلا تشمله أدله التقويم المخالف للأصل، خصوصا مع إمكان تضرر المكاتب بالسرايه حيث إنه ينقطع عنه

بهـا الولـد و الكسب اللـذان يحصـلان له بتحريره بأداء الكتابه، فعـدمها هنا أولى، لتنزيل عتق الوارث منزله إبرائه الـذى هو تنفيذ لفعـل المورث، و إن قلنـا بهـا فى المورث ففى القول بها هنا وجهان، من ذلك و من صـدق مباشـر ته للعتق ابتـداء، فيشـمله دليل السرايه، و لعله لا يخلو من قوه، بل هو خيره الكركى فى حاشيته.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر ما فى المسالك و غيرها من التشويش بعدم ذكر الفرق بين الإبراء و العتق و بتكثير الاحتمالات التى منهـا الفرق بين الإبراء من مال الكتابه و بين قبضه باعتبار كونه مختارا فى الأول فيكون مختارا فى سـببه الـذى هو العتق، فيسـرى بخلاف القبض، فإنه غير مختار فيه، و منها بناء المسأله على أن الكتابه بيع للعبد من نفسه أو عتق بعوض، فعلى الأول لا سـرايه، و على الثانى وجهان، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا فى المقام و فى المباحث السابقه.

بقى شـى ء و هو أن ظاهر المصـنف و الفاضل فى القواعد و التحرير عدم الفرق فى الحكم المذكور بين المطلق و المشروط، بل فى إيضاح الفخر «أن البحث فى المشـروط، و لعله المناسب لاسـتدلال المخالف و تشبيهه بما إذا كان المورث حيا، ضروره عدم انعتـاق البعض بأداء البعض فيه لو كان المورث حيا» و فى كشف اللثام جزم بالحكم فى المطلق و جعله فى المشـروط احتمالا، و الذى حكاه فى الإيضاح عن الشيخ التصريح بالمشروط، قال: «لأنهما شريكان فى العبد، نصيب كل واحد مكاتب على قدر قسطه من مـال الكتـابه، و كـل منهمـا ينفرد بحقه لاـ يتعلق عتق نصـيبه بـأداء مـال إلى غيره- إلى أن قال-: و الحاصل أن الكتابه بموت السـيد تتنزل منزله كتـابتين- ثم حكى عن الشـيخ أنه نقـل قولا بأنه لا ينعتق- لأنهما معا منزلان منزله المورث و لو أبرأه المورث من البعض لم يعتق فكذا الوارث، و لأن المكاتب المشروط إذا كاتبه واحد كان عتق كل واحد من أجزائه معلقا بأداء الكل

من حیث هو کذلک، و بموته لم یتجدد عقد آخر فلا ینعتق بعض منه بأداء بعض مال الکتابه».

قلت: لا- یخفی علیک قوه القول بعدم الانعتاق بالأداء أو الإبراء فی المشروط الذی انتقل إلی الوارث علی الوجه المذکور فی عقد الکتابه، و دعوی انحلالها بالموت إلی کتابتین واضحه المنع، اللهم إلا أن یقال إن المکاتب المشروط الذی انتقل إلی الوارث کالمال الذی یشتریه المورث مثلا، و له فیه الخیار، فإنه یتبع الحصص حینئذ، فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله الثامنه من کاتب عبده مطلقا أو مشروطا وجب]

المسأله الثامنه:

من کاتب عبده مطلقا أو مشروطا وجب علیه أن یعینه من زکاته إن وجب علیه، و لا حد له قله و لا کثره بل المدار علی صدق اسم إیتاء المال، خلافا لبعض العامه، فقدره بالربع، و لا شاهد له، نعم ستسمع استحباب حط السدس من النجوم.

و علی کل حال یستحب له التبرع بالعطیه إذا لم تجب وفاقا فی ذلک کله للمحکی عن الشیخ فی خلافه و کثیر من المتأخرین، بل عن الأول دعوی إجماع الفرقه و أخبارهم (۱)

بل فی الریاض هو الحجه فی الوجوب و التخصیص بالمولی.

مضافا إلی ظاهر الآیه (۲) فیهما الناشئ عن کون الأمر حقیقه فی الوجوب، و لا ینافیه استعمال الأمر بالکتابه قبله فی الاستحباب، و ظهور السیاق باختصاص الضمیر المتعلق به الأمر بالمولی، فلا یعم ما عداه، و فی تخصیص المال بالزکاه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المکاتبه الحدیث- ۰.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

و إن كانت الآيه فيه مطلقه، و تخصيص الآيه بصوره وجوبها و الاستحباب فی غيرها تبرعا.

و فيه أولا- عدم معلوميه إراده الشيخ الإجماع علی ما ذكره من الحكم، كما يقضی به التدبر فی عبارته المحكيه عنه فی المختلف، لاحتماله إراده الإجماع علی أصل الإيتاء فی الجمله، خصوصا بعد أن لم نقف علی خبر أصلا فيما ذكره من الحكم المزبور.

نعم فی

صحيح محمد بن مسلم (۱) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن قول الله عز و جل وَ آتُوهُمْ مِنْ مالِ اللَّهِ (۲) قال: الذی أضمرت أن تكاتبه عليه لا تقول أكاتبه بخمسه آلاف و أترك له ألفا، و لكن انظر إلی الذی أضمرت عليه فأعطه»

و نحوه المرسل (۳) عن الصدوق ره.

و فی

خبر العلاء بن الفضيل (۴) عن أبی عبد الله عليه السلام قال فی قول (۵) الله تعالی «فَكاتِبُوهُمْ» إلی آخرها: «تضع عنه من نجومه التی لم تكن تريد أن تنقصه منها، و لا تزيد فوق ما فی نفسك، قلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفا من سته آلاف».

و فی

خبر القاسم بن يزيد (۶) عن أبی عبد الله عليه السلام أيضا «سألته عن قوله تعالی (۷) وَ آتُوهُمْ- إلی آخرها- قال: سمعت أبی يقول: لا يكاتبه علی الذی أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه، لكن يضع عنه مما نوی أن يكاتبه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآيه ۳۳.

۳- ۳ أشار إليه فی الوسائل فی الباب- ۹- من أبواب المكاتبه الحديث ۱ و ذكره الصدوق قده فی المقنع ص ۳۸.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المكاتبه الحديث ۲.

۵- ۵ سوره النور: ۲۴- الآيه ۳۳.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المكاتبه الحديث ۳ عن القاسم بن بريد.

۷- ۷ سوره النور: ۲۴- الآيه ۳۳.

علیه»

و هی صریحه فی خلاف الحکم المزبور.

بل هو نفسه احتمل فی الآیه الوجوب من الزکاه و الاستحباب، و الخطاب لغیر السید ممن تجب علیه الزکاه، بل قال فی المحکی عن مبسوطه: الإیتاء واجب عندنا، و هو أن یحط السید عن مکاتبه شیئا من مال الکتابه و یؤتیه شیئا یستعین به علی الأداء، لقوله تعالی (۱) «وَ آتُوهُمْ مِنْ مالِ اللَّهِ الَّذِی آتاکُمْ» و هذا أمر» و ظاهره الإجماع علی ما ذکره.

و قال فی محکی التبیان: «قال قوم: المعنی آتوهم من سهمهم من الصدقه ذکره فی قوله (۲) «وَ فِی الرِّقابِ» ذکره ابن زید عن أبیه، و هو مذهبنا» و ظاهره الإجماع أیضا علی ذلک. و من ذلک یضعف الظن بکون المراد أن الإجماع علی الحکم المزبور.

و من الغریب اقتصاره فی الریاض علی خبر العلاء ثم قال: «لکنه ضعیف بابن سنان فی المشهور، و مع ذلک کاد أن یلحق بالشواذ، لعدم مفت بمضمونه بالخصوص، فإن الأصحاب ما بین مفت بما مر، و حاکم بالوجوب علی المولی جاعلا متعلق لوجوب هو الحط من مال الکتابه مع إیتائه شیئا یستعین به علی الأداء، وجبت علی المولی الزکاه أم لا- کما عن المبسوط و جماعه، و مخصص للحکم بالمشروط العاجز عن توفیه ثمنه، و مفصل فی المطلق بین وجوب الزکاه علی المولی، فتجب علیه الإعانه منها، و عدمه فعلی الامام أن یفکه من سهم الرقاب، کما علیه الحلی، و ناف للوجوب من أصله حاکم باستحباب الإعانه للسید بدفعه إلی مکاتبه شیئا من ماله من سهم الرقاب، کما عن ابن حمزه و القاضی- قال-: و هذه الأقوال کما تری لیس فیها ما یوافق مضمون الروایه عدا ما فی المبسوط من تفسیره الإیتاء بالحط عن بعض النجوم کما فیها، لکن زاد و یؤتیه شیئا یستعین به علی الأداء، فتخالفا

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

۲- ۲ سوره التوبه: ۹- الآیه ۶۰.

من هذه الجهه، فلا يمكن المصير إليها بعد كونها بهذه المثابه، و لم يعمل بمضمونها أصلا، نعم عن الإسكافى أنه قال بعد ذكر الآيه: يحتمل أن يكون ذلك أمرا بأن يدفع إلى المكاتبين من سهم الرقاب من الصدقات إن عجزوا، و يحتمل أن يكون ندبا للسيد أن يضع عنه جزء من مكاتبته، و احتماله الأخير موافق للروايه إن حملت على الاستحباب».

و فيه ما عرفت من أن مضمون الخبر المزبور قد اشتمل عليه الصحيح و غير الصحيح، و أما العمل به فكل من قال بالندب كالفاضل فى المختلف و الشيخ و يحيى بن سعيد فى محكى التبيان و الجامع عامل به، بل قد سمعت تفسير المبسوط الإيتاء بذلك، و لا ينافيه زياده إيتاء شى ء له للاستعانه، و بالجمله دعوى كونه من الشواذ كما ترى، فالمتجه العمل بها على جهه الندب، بل لعله المنساق من الآيه و لو لعطفه على الأمر بالكتابه الذى هو للندب كما عرفت، و إشعار

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (۱)

«من أعان مكاتبا على فك رقبته أظله الله فى ظل عرشه»

و قيل له صلى الله عليه و آله (۲): «علمنى عملا يدخلنى الجنه فقال: أعتق نسمه و فك رقبه، فقيل: أ ليسا واحدا؟ قال: لا، عتق النسمه أن ينفرد بعتقها، و فك الرقبه أن يعين فى عتقها»

إذ لا يخفى على من رزقه الله معرفه اللسان أن ذلك و نحوه بل و النصوص السابقه بل و الآيه يراد به الندب.

و دعوى أن المنساق من مال الله فى الآيه الزكاه واضحه المنع بعد ما عرفت، خصوصا بعد الوصف بقوله تعالى «الَّذِی» إلى آخرها و على تقديره فالمراد بالأمر بها الندب، بل لعل ذلك خاص فيمن علم الخير منهم أى الايمان لا مطلقا.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۳۲۰ و فيه «من أعان مجاهدا .. أو مكاتبا فى رقبه أظله الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله».

۲- ۲ المستدرك الباب- ۱- من كتاب العتق الحديث ۱۶ و سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۷۳.

كما أن الظاهر عدم اختصاص الإيتاء بالحط، و إنما ذكر في النصوص (۱)

لأنه أحد الأفراد المتيسره للمكاتب دائما و إلا فالمراد إيتاؤه من الزكاه الواجبه أو غيرها بحط أو غيره، بل هو المناسب لإطلاق الأمر بالإيتاء الظاهر في تناول الأفراد أجمع، بخلاف الزكاه المختصه بمن تكون عنده، و لعل هذا مرجح آخر لعدم إراده خصوص الزكاه، بل قد يرجحه أيضا أن ما ذكره المصنف مستلزم للتجوز في الأمر بناء على إراده القدر المشترك منه بين الواجب لمن عنده زكاه و الندب لمن لم تكن عنده و التخصيص و غير ذلك.

و بذلك كله و غيره بان لك أن الندب هو الأقوى بل يستحب أن يكون مقدار السدس و يكره له أن يزيد في مال الكتابه لإراده الإيتاء منه، كل ذلك لما سمعته من النصوص (۲)

.

و أما دعوى دلاله الآيه (۳) على الوجوب على الوجه الذي ذكره المصنف فلا شاهد لها، و كون الأمر له لا يقتضي اختصاصه بالزكاه التي عليه، كما أن آيه (۴) كون الرقاب مصرفا للزكاه كذلك أيضا، بل دعوى دلالتها على الوجوب على المولى إذا كانت عليه زكاه و على الندب إذا لم تكن كادت تشبه العلم بالمغيبات.

و من ذلك كله يظهر لك ضعف الأقوال المزبوره أجمع، و منها ما في المسالك من «أن الأقوى وجوب الإيتاء من الزكاه إن وجبت أو الحط عنه من مال الكتابه أو دفع شي ء إليه إن لم تجب» بل هو أضعفها، و كذا ما فيها أيضا تبعا للدروس من أنه «يجب على المكاتب القبول إن أعطاه من جنس مال الكتابه لا من غيره، عملا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المكاتبه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المكاتبه.

۳- ۳ سوره النور: ۲۴- الآيه ۳۳.

۴- ۴ سوره التوبه: ۹- الآيه ۶۰.

بظاهر الآیه، فقد قیل: إن المراد به مال الکتابه» ضروره عدم اقتضاء الأمر بالإیتاء وجوب القبول، و علیه لا وجه للتفصیل بین الجنس و غیره کما جزم به فی الإیضاح.

و لا یخفی علیک ما فی تعلیل دعوی ظهور الآیه بأنه قد قیل إلی آخره، و کأنه تبع فی ذلک ما فی الدروس «و یجب علی العبد القبول إن أتاه من عین مال الکتابه أو من جنسه لا من غیر جنسه».

لکن فی القواعد و شرحها «قیل فی المبسوط و یجب علی المکاتب قبول الإیتاء إن دفع المالک من غیر مال الکتابه أو من جنسه، لأنه من المال المأمور بایتائه و لا یجب الإیتاء إذا لم یجب القبول» و فی التحریر «ثم السید مخیر بین أن یحط عنه بعض مال الکتابه و بین أن یؤتیه من جنس مال الکتابه أو من عین مال الکتابه الذی نقص منه، و فی هذین یلزم العبد القبول، و إن أتاه من غیر جنسه قال الشیخ:

لا یجب علی العبد القبول».

و لا یخفی علیک أن بناء ذلک علی التلازم الذی أشار إلیه فی کشف اللثام، و فیه منع واضح، نعم لا حاجه إلی القبول فی صوره الحط التی هی بمعنی الإبراء الذی قد عرفت فی محله عدم حاجته إلی القبول علی الأصح و إلا احتیج إلیه.

و لو عتق قبل الإیتاء سقط الوجوب، لفوات محله الذی هو المکاتب، و ما عن بعض العامه من أن وقت الإیتاء بعد العتق کالمتعه فی الطلاق کما تری مناف لما سمعته من النصوص (۱)

و لکون العله فیه الإعانه علی الفک، بل ظاهر الأمر فی الآیه (۲) إیتاء المکاتب، و إذا أعتق لم یکن مکاتبا، و دعوی أنه کالدین- فیجب و إن أعتق، بل عن الدروس اختیاره، بل عن المبسوط ذلک أیضا، لأنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب المکاتبه.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآیه ۳۳.

قضیه کل حق مالی یثبت فی الذمه- واضحه المنع، إذ الإیتاء أعم من ذلک.

و منه یعلم أنه لا وجه لمقاصه المکاتب السید بذلک، لعدم ثبوت شی ء له فی ذمته، نعم للسید مقاصته بمعنی احتساب ماله فی ذمه المکاتب من الزکاه التی علیه.

و لو دفع إلیه من الزکاه و کان مشروطا فعجز و رد إلی الرق لم یجب علیه إخراجها لغیره إن کانت منه، و لا- ردها لدافعها لیخرجها إن کانت من غیره، لطریان الرقیه علی الدفع الموجب للملک حال کونه قابلا- له، و الأصل براءه ذمه الدافع و بقاء الملک بعد أن کان العود إلی المولی إحداث ملک لا إبطالا لما سلف، و من ثم بقیت المعامله السابقه بحالها.

لکن ضعفه فی المسالک بمنع کونه إحداثا بل إعادته فی الرق تقتضی نقض جمیع ما سبق، و من ثم عاد کسبه و أولاده ملکا له، و بقاء المعامله بسبب الإذن الضمنیه بها فی عقد المکاتبه، فإنها تستلزم الاذن فی التصرف بالمعامله و نحوها، ثم قال:

«و الوجه وجوب صرفه علی المستحقین إن کانت منه، و إلا أعادها علی دافعها لیصرفها بنفسه، نعم لو کان من المندوبه لم تجب الإعاده».

و فیه ما لا یخفی، ضروره أن ذلک فسخ من حینه، و عود کسبه و أولاده للسید للأدله لا یقتضی تبین انتقاض جمیع ما تقدم و إلا لم یکن فرق بین الواجبه و المندوبه، کما هو واضح. و الله العالم.

[المسأله التاسعه لو كان له مكاتبان فأدى أحدهما و اشتبه صبر عليه لرجاء التذكر]

المسأله التاسعه:

لو كان له مكاتبان فأدى أحدهما و اشتبه فعن المبسوط صبر عليه لرجاء التذكر حتى يموت فان مات أى المولى استخرج بالقرعه و فى الدروس ارجى ء ليتذكر، فان زال الرجاء أقرع، و عن الخلاف إطلاق القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و يمكن إرادته زوال الرجاء و استقرار الاشتباه و الاشكال فى مقابل الصبر إلى الموت المستلزم للضرر على المؤدى منهما.

و لو اعترف أحدهما بعدم الأداء و اختصت دعواه بالاخر ففى إلزام المولى بذلك إشكال، أقواه العدم.

و لو ادعيا على المولى العلم كان القول قوله مع يمينه لأنه شى ء لا يعلم إلا من قبله، و إن بين أحدهما و ادعى التذكر قبل قوله بغير يمين إن صدقه الآخر أو سكت، و إن كذبه و قال: استوفيت منى فله تحليفه أيضا، و يحلف هنا على البت، لدعواه التذكر، فان حلف بقيت كتابته إلى أن يؤدى، و إن نكل المولى حلف المكذب، و عتق أيضا مع الأول أحدهما بإقراره و الآخر بيمينه، كما أنهما يعتقان باليمين من كل منهما لو نكل عن يمين نفى العلم قبل دعوى التذكر، و العلم بكذب أحدهما فى نفس الأمر لا ينافى الحكم فى الظاهر، و لو مات المولى قبل التذكر تعينت القرعه لليأس منه.

و لكن لو ادعى أحدهما أو هما على الوارث العلم حلف على نفيه كالمورث، و ليس له أن يستوفى منهما، لأن أحدهما برى ء، فأخذ المالين ظلم، و لا من أحدهما قبل القرعه، لعدم تعينه شرعا و كذا القول فى المورث بناء على شرعيه القرعه فى حياته.

و لو بذلا مالا بقدر المتخلف أو الأكثر على تقدير الاختلاف فالوجه انعتاقهما بذلك، كما لو دفع المتبرع.

و لو أقام أحدهما بينه بالأداء قبلت، سواء كان فی حیاه المولی أو بعد موته، و سواء كان قبل القرعه أو بعدها، بل الظاهر فساد القرعه، لأن البينه أقوى، و ربما احتمل عتقهما معا لكونهما حجتين شرعيتين، و فی كشف اللثام أنه من الضعف بمكانه، للقطع بأن المؤدى منهما واحد، و القرعه لا تستقل بالإعتاق، هذا، و ظاهر قول المصنف ثم يقرع بينهما لاستخراج المكاتب بقرينه ما سبق كون ذلك إذا مات المولى بعد أن حلف على نفی العلم لكل منهما، فلا منافاه كما ظنه فی المسالك، و الأمر سهل، و الله العالم.

[المسأله العاشره يجوز بيع مال الكتابه]

المسأله العاشره المشهور نقلا و تحصيلا أنه يجوز بيع مال الكتابه المطلقه و المشروطه بعد الحلول و قبله و غيره من سائر وجوه النقل، كغيره من الديون التی قد عرفت الحال فی نقلها بالبيع و غيره، و أن النهی (۱) عن بيع ما لم يقبض محمول على ضرب من الكراهه.

فما عن مبسوط الشيخ و ابن البراج- من عدم جواز بيع المال الذی فی ذمه المكاتب للنهی المزبور- واضح الضعف، و كذا ما عن ابن الجنيد: من التصريح بعدم جواز بيعه فی المطلقه و المشروطه، لأنه نظير بيع حبل الحبلی و لقاح الفحل، إذ فيه منع واضح، ضروره كون ما فی ذمه العبد مالا معلوما مملوكا للسيد كغيره من الديون، و كأنه لحظ عدم استقراره لاحتمال العجز المسلط للمولى على رده رقا مطلقا أو فی المشروطه.

و لعله الذی لاحظ الشيخ فی المحكی من خلافه الجواب عنه، قال: «يجوز بيع المال الذی على المكاتب، فإن أدى المكاتب مال الكتابه انعتق على سيده،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب أحكام العقود من كتاب التجاره.

و إن عجز رجع بها على سيده، و كان للمشترى الدرك بما اشتراه، و قال أبو حنيفه:

لا- يجوز بيع ذلک- و استدل بأصاله الجواز، و المنع يحتاج إلى دليل، و قوله تعالى (۱) «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» يدل على ذلک- فان قيل: نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع ما لم يقبض (۲)

قلنا: نحمله على ما إذا لم يكن مضمونا، و أما إذا ضمنه فلا بأس» و هو محتمل لبطلان البيع كقول المصنف فإن أدى المكاتب مال الكتابه انعتق، و إن كان مشروطا فعجز و فسخ المولى رجع رقا لمولاه.

و فى المسالک «فإذا صح البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشترى، فإذا أداه إليه عتق، كما لو أداه إلى المولى، و لو لم يدفعه أجمع و كان مشروطا فعجز و فسخ المولى رجع رقا لمولاه و هل يبطل البيع؟ يحتمله، لأن الفسخ يوجب رفع أثر الكتابه، و من ثم رجع ولده رقا و تبعه كسبه، و العدم لمصادقه الملک حال البيع، فلا يضره الفسخ الطارى» قلت: فيكون العبد حينئذ رقا للسيد و لكنه مديون للمشترى.

و فيه أن مقتضى الفسخ رد العوضين على حالهما السابق، و حينئذ لم يبق فى ذمه العبد شى ء بعد أن دعا إلى الرقيه.

نعم قد يقال: بانعتاق المكاتب ببيع ما عليه، لوصول مال الكتابه للسيد أو كوصوله، بل هو أقوى من ضمانه له، فيبقى حرا مشغول الذمه بمال الكتابه للمشترى، فلا فسخ حينئذ للسيد بالعجز عن المال الذى انتقل عنه للمشترى و إن كان له الفسخ حيث كان المال له و يعجز عنه المكاتب، و لا- للمشترى الذى لم يقع معه عقد الكتابه، و حينئذ فلا- يطالب المشترى البائع بدرک مال الكتابه كما سمعته من الشيخ، و لا يبقى المكاتب مشغول الذمه و إن رجع عبدا لسيده، كما هو أحد احتمالى المسالک، فتأمل جيدا فانى لم أجد ذلک محررا فى كلامهم.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۷۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب أحكام العقود الحديث ۲۱.

و قاعده «تلف كل مبيع قبل قبضه من مال بائعه»- لو سلم جريانها فى المقام باعتبار تنزيل إعسار العبد بما عليه بمنزله تلف المبيع مع عدم جريانها فى غير البيع من النواقل- إنما تقتضى الانفساخ من حينه لا من الأصل، و الفرض صيروره العبد حرا يدفع عوض ما عليه للسيد، فإذا فرض الانفساخ عاد عوض المشترى إليه، و عاد ما فى ذمه المكاتب للسيد، إلا أن المفروض تحرره، فيكون نحو ما سمعته فى (من خ ل) الإقاله فى الضمان لا أنه يعود رقا للسيد.

اللهم إلا- أن يقال: فرق واضح بينه و بين الضمان الذى هو انتقال ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و إن ثبت مثله فى ذمه المضمون عنه للضامن إذا كان باذنه بخلاف البيع، فإنه لم يخرج به المال عن كونه مال الكتابه و إن باعه السيد، فيصدق مع فرض إعسار العبد عجزه عنه، فيتحقق عنوان الخيار للسيد و إن لم يكن المال له، فإذا اختار الفسخ و رجع العبد رقا ذهب مال المشترى، فيطالب السيد به أو لم يذهب بل يبقى العبد مشغول الذمه به كما سمعته من الوجهين.

لكنه كما ترى لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من أن الأصل اللزوم فى العقد، و الثابت من الخيار فى المشروطه مع العجز عن أداء مال الكتابه للسيد لا مطلقا و إن ملكه غيره، فالمتجه حينئذ عدم الفسخ، نعم فى انعتاق العبد كما ذكرناه أو يبقى إلى أن يؤدى وجهان، فتأمل.

و كيف كان فعلى القول ببطلان بيع مال الكتابه أو فرض فساد البيع من وجه آخر لا يجوز للمكاتب تسليم النجوم للمشترى، و ليس له مطالبته بها، لعدم استحقاقه لها، بل هى باقيه على ملك السيد، بل لا يحصل عتقه إلا بدفعها إليه كما عن الشيخ و الأكثر.

و قيل: يحصل أيضا بتسليمها إلى المشترى و إن لم يكن مستحقا لها، لأن السيد سلطه على القبض، فهو كما لو وكل وكيلا فى القبض.

و فيه ما عرفته غير مره من عدم اقتضاء البيع الفاسد ذلك، و لذا يكون مضمونا عليه لو تلف فى يده، بل لعل الأقوى ذلك، حتى لو قال للمشترى بعد البيع:

خذها من المكاتب، أو قال للمكاتب: ادفعها إليه بعنوان المعاوضه المفروض فسادها، فإنه ليس استنابه مستقله عن إذن المعاوضه، و حينئذ فللسيد أن يطالب المكاتب بماله فی ذمته، و المكاتب يسترد ما دفع إلی المشتری، فإن سلمه المشتری إلی البائع كان للعبد الاحتساب به جديدا من مال الكتابه، بل ربما احتمل تعينه لها نظرا إلی تعيين المكاتب بالدفع إلی المشتری، و فيه أن تعيينه مبنی علی المعاوضه المفروض فسادها، فالتحقيق بقاؤه علی حكم مال العبد الذی لم يدفعه لها، و الله العالم.

و لا خلاف كما لا إشكال فی أنه يجوز بيع المكاتب المشروط بعد عجزه مع الفسخ لصيرورته رقا حينئذ فتوی و نصا (۱)

بل بيعه بعد تحقق عجزه فسخ كما فی نظائره.

نعم قد أطلق المصنف و غيره أنه لا يجوز بيع المطلق أی بعد عجزه، و لعله لعدم جواز الفسخ من المولی معه، لأصاله اللزوم و غيرها، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا، لكن قيده الكركی بما إذا لم يتحقق العجز و يستقر الرق فی الكل أو البعض، و فی المسالك «يجب تقييده بما إذا لم يبلغ حدا يجوز للمولی فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال و لم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه، كما يجوز فسخها حينئذ، و قد تقدم» و نحوهما فی ذلك الشهيد فی الدروس، لكن لا يخفی عليك ما فی الجميع بعد الإحاطه بما قدمناه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب المكاتبه.

[المسأله الحاديه عشره إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه ثم مات فملكته انفسخ النكاح]

المسأله الحاديه عشره:

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه المشروط أو المطلق المؤدى بعض ما عليه أو غير المؤدى ثم مات السيد فملكته كلا أو بعضا بالإرث منه لعدم خروجه بالكتابه مطلقا عن أصل الرقيه انفسخ النكاح بينهما كما عن الشيخ و الأكثر، لما عرفته فى محله من عدم اجتماع النكاح و الملك خلافا للمحكى عن ابن الجنيد، فقال: «لو مات السيد و ابنته تحت المكاتب الذى شرط عليه الرقيه عند عجزه منع من الوطء، و إن أدى كانا على النكاح، لأنها لم ترث من رقبته شيئا، و إن عجز بطل النكاح، فان كان ممن يعتق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابه» و هو واضح الضعف. نعم لو لم تكن البنت وارثه بأن تكون قاتله مثلا فالنكاح بحاله، و الله العالم.

[المسأله الثانيه عشره إذا اختلف السيد و المكاتب فى مال الكتابه فالقول قول السيد مع يمينه]

المسأله الثانيه عشره:

إذا اختلف السيد و المكاتب فى قدر مال الكتابه فقال السيد:

ألفان مثلا، و قال المكاتب: ألف أو فى قدر المده فقال السيد: سنه، و قال المكاتب: سنتان أو فى النجوم بأن قال السيد مثلا: جعلنا السنه التى هى الأجل المتفق عليه ثلاثه نجوم كل نجم أربعه أشهر، بحيث يحل فى كل نجم ثلث المال، فقال المكاتب: بل جعلناها نجمين بحيث يحل فى كل نصف سنه نصف المال (ف) (۱۱) فى محكى الخلاف القول قول السيد مع يمينه (۱۲) أما فى المده فلأن الأصل عدم الزائد عما يعترف به، كما فى غيرها من سائر المعاوضات، و أما فى قدر المال فلأن الأصل فى المكاتب و كسبه لسيده، و لأن المكاتب يدعى العتق

بما يدعيه من المقدار و المولى ينكره، و الأصل بقاء الرق.

و فى الإيضاح و المسالك «و بهذا يحصل الفرق بين الكتابه و البيع فى الاختلاف فى مقدار الثمن، فإن الكتابه ليست معاوضه حقيقيه، لأنها معامله على مال المولى بماله، و الأصل أن لا يخرج ذلك عن ملكه إلا برضاه، لأنها أشبه بالتبرع من شبهها بعقود المعاوضات، بل زاد فى الأول إنما قدمنا قول المنكر فى سائر المواضع لأن الأصل معه، و هاهنا مع السيد، و لأن العبد هو المدعى للعتق و المولى ينكره، و الأصل بقاء الرق».

قلت: بل لو قلنا بأن الكتابه بيع أو كالبيع فالقول قول السيد أيضا، لما عرفته فى محله من أن القول قول البائع فى المقدار إذا كانت العين قائمه، و الفرض قيامها فى المقام.

و لكن مع ذلك كله قال المصنف و لو قيل: القول قول منكر زياده المال و المده كان حسنا بل فى المسالك بعد أن جعله الأقوى نسبه إلى الأكثر، و فى حاشيه الكركى «نعم، فيكون القول قول العبد فى المال، و السيد فى المده و النجوم، و كان الوجه فيما استحسنه المصنف أصاله عدم الزياده، و لأن المولى باعترافه بأصل الكتابه و استحقاقه العتق خرج عن أصاله بقاء ملكه على المكاتب و على ماله، ثم هو يدعى زياده فى ذمه المكاتب و هو منكرها فيكون قوله مقدما فى ذلك».

لكن لا يخفى عليك عدم جريان الأصل المزبور فى الاختلاف فى قدر النجوم على الوجه الذى ذكرناه، و يمكن أن لا يريده المصنف اللهم إلا أن يكون قد فرضه الكركى فيما إذا كان الاختلاف فى النجوم موجبا للاختلاف فى أصل المده، كما لو اتفقا على أن الأجل نجمان و لكن ادعى المولى أن كل نجم شهر، و ادعى المكاتب أن كل نجم شهران، أو اتفقا على أن النجم شهر، و لكن اختلفا فى قدر النجوم، فقال المولى: إنهما نجمان و ادعى المكاتب أنها ثلاثه، و لا ريب فى أن

القول قول المولى فى ذلک کله، لرجوعه للاختلاف فى المده.

بل قد يدعى أن القول قوله أيضا فى التقسيط على الوجه الذى ذكرناه أولا، و لكن مع دعوى المكاتب الأربعه فى السنه و السيد الاثنين فيها، لأصاله عدم الزياده فى التقسيط و إن كان لا يخلو من نظر أيضا إلا أن منه ينقدح تقديم قول المكاتب لو اختلفا فى المده و كان هو يدعى الأقل و السيد يدعى الأكثر، لغرض الامتناع عن القبض و التعرض لعجز المكاتب أو موته أو غير ذلک من الأغراض، هذا و قد تقدم فى كتاب البيع و غيره ما له مدخليه فى المقام.

بل منه يعلم الوجه فى المحكى عن الجامع هنا من أنهما يتحالفان إذا اختلفا فى المال أو المده كما عن الشافعى، بل و يعلم قوه القول بأن القول قول منكر الزياده مع فرض كون الدعوى فيها و عدمه، و البيع إنما خرج بدليله إذا كانت العين قائمه، و لا دليل على إلحاق الكتابه به فى ذلک.

بل و يعلم منه أيضا أنه إذا كان الاختلاف بينهما فى الجنس فالتحالف، أما إذا كان فى الأداء و عدمه فالقول قول السيد بلا إشكال، و الله العالم.

[المسأله الثالثه عشره إذا دفع مال الكتابه و حكم بحريته فبان العوض معيبا بطل العتق]

المسأله الثالثه عشره:

إذا دفع مال الكتابه و حكم بحريته فبان العوض مستحقا للغير أو معيبا بغير الجنس بقى على حكم من لم يؤد، و تبين فساد الحكم الأول.

و إن كان العيب جنسيا فإن رضى المولى فلا كلام لكون المدفوع أحد أفراد الكلى و إن كان للسيد حق الرد و الجبر بالأرش، فمع فرض إسقاطه بالرضا لم يكن بحث.

و ما فى المسالك- من أنه يجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق ثم قال: «و هل يحصل العتق عند الرضا أو حصل من وقت القبض فيه وجهان، أجودهما الثانى- لا يخلو من نظر، خصوصا بعد أن توقف فيها فى أن الرد نقض لتبين عدم الملك فى أول الأمر أو فسخ من حينه من غير ترجيح، و لا ريب فى أن التحقيق تحقق الملك بالقبض و أنه ليس للسيد إلا حق الخيار فى الرد و الجبر بالأرش كما مر تحقيق ذلك، و حينئذ فإذا رضى بالمعيب و أسقط حقه من الخيار المزبور فلا إشكال، و كان حرا من أول القبض لا حين الرضا و إن توقف فيه الفاضل فى القواعد من دون ترجيح. هذا كله إذا رضى به.

و إن رده بطل العتق المحكوم به عند الشيخ و المصنف و جماعه إما لأنه مشروط بالعوض فيتبعه فى الاستقرار و التزلزل كما هو حكم المعاوضه، و إما لتبين أنه لم يملكه بالقبض، كما هو أحد الوجهين فى المسالك فى كل جزئى دفع عن كلى فى صرف أو سلم أو غيرهما و إن كان لا يخفى عليك ما فيه كما تقدم الكلام فيه مفصلا فى الصرف و السلم، و لذا اقتصر المصنف على تعليله الأول.

و أشكله الكركى فى حاشيته بأن العتق إتلاف و استهلاك، فإذا حكم بوقوعه

لم يبطل، مع أنه مبنى على التغليب قال و قول المصنف: «لأنه مشروط بالعوض» يقتضى عدم حصوله، و ليس كذلك، و من ثمه لو رضى بهذه استمر العتق بحاله و إن مضى على ذلك مده طويله قبل العلم و الرضا و لم يكن محجورا عليه فى شى ء من تصرفاته السابقه، إلا أن يدعى عدم زوال الحجر عن المكاتب بمجرد الدفع إلى أن يتحقق سلامه العوض، و هو خلاف ما يظهر من كلامهم، و المسأله محل نظر، و بطلان العتق لا يخلو من شى ء. و قد تبع فى ذلك الفاضل فى القواعد حيث حكم فى موضع منها ببطلان العتق على إشكال.

و فى الإيضاح «منشأ الاشكال أن يقال: العتق إتلاف و استهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كالخلع، و أن يقال: العتق إنما يستقر باستقرار الأداء، و قد ارتفع الأداء، فيرتفع العتق،- قال-: و هذان الوجهان كتبهما المصنف حاشيه بخطه على الأصل».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الأول، فإن العتق إتلاف و استهلاک إذا وقع مستقلا، كما لو أعتق العبد الذى فيه الخيار للبائع على ما حررناه فى محله لا ما إذا كان العتق من أصل وقوعه قد وقع متزلزلا و ليس هو تصرفا مستقلا، و قاعده أن الحر لا يعود رقا إنما هى فى الأول، و كذا دعوى بنائه على التغليب، فالتحقيق حينئذ ما ذكره المصنف، اللهم إلا أن يدعى أن هذه المعاوضه ليست معاوضه حقيقيه كى يجرى عليها حكم المعاوضه، لكنه كما ترى.

و مما ذكرنا يظهر لک النظر فيما أطنب فيه فى المسالک من بناء المسأله تبعا للفخر فى إيضاحه على أن الرد بالعيب فسخ متجدد للقبض أو دفع للقبض من أصله، فعلى الأول لا يبطل العتق و على الثانى يبطل، لأن الرد يكون كاشفا عن بطلان الأداء، إذ لا يخفى عليک ما فيه، فان التحقيق كونه فسخا من حينه و مقتضيا لبطلان العتق، و دعوى الإجماع على عدم وقوع العتق متزلزلا ممنوعه على مدعيها كما عرفته فى كتاب العتق.

و أغرب من ذلك ما فی المسالك أيضا من أنه «لو طلب الأرش مع الرضا بالعيب فله ذلك، و تبين حينئذ أنه لم يقبض كمال النجوم، فإذا أداه حصل كمال العتق حينئذ، و إن عجز عنه و كانت مشروطه فللسيد استرقاقه كما لو عجز عن بعض النجوم» إذ هو كما ترى، فان التحقيق كون الأرش جبرا لتفاوت النقض بالعيب، لا أن بعض العوض باق، و إلا لم يحصل الحريه بالرضا بالمعيب من حين القبض كما اختاره هو، إذ لو كان ذلك إبراء لحصل بحصوله لا قبله، كما هو واضح.

و لو تجدد فی العوض عيب لم يمنع من الرد بالعيب الأول مع أرش الحادث لاستصحاب الرد، و لأنها ليست معاوضه حقيقه، فليس لها حكم المعاوضات اللازمه. و لكن مع ذلك قال الشيخ: يمنع، و هو بعيد عند المصنف لما عرفت، إلا أن الانصاف قربه، بل عن الفاضل فی التحرير اختياره، و فی حاشيه الكركی هو قوی، و ذلك لأن أصل إثبات الرد فيها للإلحاق بالمعاوضات، و إلا فلا دليل بالخصوص، و الضرر يرتفع بالأرش، و حينئذ فمقتضاه ثبوته فيها على حسبها. بل قد يقال إن الرد لا يتحقق مع العيب، ضروره كون المراد رده بحاله الذی قد وصل إليه، و الفرض أعيبه، و لعل هذا هو الأصل فی منع العيب الرد، مؤيدا بقاعده «لا ضرر و لا ضرار» و هو مشترك بين الجميع.

و مما ذكرنا يعلم أولويه استقرار الأرش بالتلف من العيب، و فی القواعد و لو اطلع على العيب بعد التلف كان له رد العتق إلا أن يسلم الأرش، فإن عجز كان له الاسترقاق كالعجز عن بعض النجوم، و هو نحو ما سمعته من المسالك الذی قد عرفت النظر فيه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه عشره إذا اجتمع على المكاتب ديون مع مال الكتابه]

المسأله الرابعه عشره:

إذا اجتمع على المكـاتب ديون معـامله مثلاـ مع مـال الكتـابه لمولاـه أو لغيره أو لهما فان كان ما فى يـده يقوم بالجميع فلا بحث سواء كان مشـروطا أو مطلقا، و إن عجز و كان الدين للمولى و المكاتب مشروط فان تراضيا على تقديم أحدهما فلا بحث أيضا و إلا ففى القواعـد و شـرحها و المسالك كان للسـيد أخذ ما فى يده عن دين المعامله أو أرش الجنايه ثم يعجزه و يرجعه رقا إن شاء، و إن اختار المكاتب دفع مال الكتابه فللسيد منعه، لاحتمال عدم تمكنه بعد من وفاء دينه، و لا يجد مرجعا له بعد عتقه.

و هـل له تعجيزه قبـل أخـذ ما فى يـده؟ وجهان: أحـدهما لا، لأنه قادر على أداء النجوم ما دام المال فى يـده، و ثانيهما له، و فى الإيضـاح و المسالك أوجههما نعم، لأنه يتمكن من مطالبته بالـدينين معا و أخـذ ما فى يـده عنهما، و حينئـذ فيعجز عن قسط من النجوم.

و فيه أنه لا حاجه للمطالبه بهما، لما عرفت أن الاختيار للسـيد فى أخذ أيهما شاء لا للمكاتب، نعم قد يناقش فيه بأن ذلك كله لا يحقق العجز فعلا و إنما أقصاه القدره، بل و فى الأول إن لم يكن إجماعا بأن الاختيار فى تعيين جهه الدين للمديون لا الديان، و لـذا لو دفع المكـاتب مـا فى يـده و لم يتعرضا لـذكر الجهه ثم قال: قصـدت النجوم و أنكر السـيد كان القول قول المكاتب، لأنه أعرف بقصده، كالمديون بدينين و أحدهما عليه رهن.

و دعوى ترجيـح دين المعـامله باسـتقراره بخلاـف دين المكـاتبه لاـ حاصـل لها على وجه ترجع إلى دليل شـرعى، و تمكينه من مطـالبته بهمـا لاـ يوجب على المـديون دفعه إليهما معا كى يحصل العجز عن قسط من النجوم، بل هو على اختياره، لأنه المكلف بالأداء و المخاطب به، فالنيه نيته و الامتثال امتثاله، و حينئذ فالمشروط

بالنسبه إلى التخيير المزبور كالمطلق الذى اعترف فى القواعد بتخييره فى الفرض، بل ظاهره عدم الفرق بين المؤدى بعضا و غيره و إن قيده فى كشف اللثام بالأول لكنه لا أثر له.

و ربما يؤيد ما قلناه ما فى الإيضاح و المسالك بل و غيرهما فيما لو كانت الديون عليه لغير المولى، كما لو كان عليه دين معامله لأجنبى و أرش جنايه لاخر و مال الكتابه، و لم يف ما فى يـده بها، فان لم يحجر عليه فله تقديم من شاء منهم كالحر المعسر، إذ ليس ذلك إلا لقاعده التخيير للمديون المشتركه بين المقامين.

و إن حجر عليه و كان مطلقا تحاص فيه الـديان و المولى على قـدر ديونهم من دون تقديم أحدهما على الآخر، لتساويهما أجمع حينئذ فى التعلق بما فى يده.

و يحتمل بل فى المسالك هو الأجود أنه يقـدم دين المعامله، لأنه يتعلق بما فى يـده خاصه، بخلاف أرش الجنايه الذى له متعلق آخر، و هو الرقبه، و حق السيد الـذى بـالعجز يعود فيه المكـاتب إلى الرقيه، ثم يقـدم أرش الجنايه على مال الكتابه، لأن الأرش مستقر بخلافه، فإنه عرضه للسقوط بالعجز، و لأن حق المجنى عليه يقدم على حق المالك فى القن ففى عوضه بطريق أولى.

لكن- هو مع ابتنـائه على عود المطلق رقـا بـالعجز و قـد عرفت مـا فيه- يـدفعه أنها مجرد اعتبارات لا ترجع إلى دليل شـرعى بعد كون الجميع ديونا فى ذمته، فتندرج فيما دل على تعلقها بما فى يد المحجر عليه، كما هو واضح.

و إن كـان المكاتب مشـروطا ففى المتن و غيره قـدم الـدين على مال الكتابه لأن فى تقـديمه حفظا للحقين و فيه ما لا يخفى بعد الإحـاطه بمـا ذكرنـاه سابقـا و لاحقـا، و كـذا ما قالوه من تقـديم حق أرش الجنايه عليه و أن فى تقـديم الـدين عليه و مساواته له وجهين كما فى الإيضاح، إذ الجميع كما ترى مبنيه على اعتبارات لا تصلح معارضه لإطلاق الأدله.

و أضعف من ذلك ما قيل من أنه لو كان للمولى معهم دين معامله احتمل مساواته لمال الكتابه، لأن ديون السيد ضعيفه باعتبار كونها عرضه للسقوط بالعجز، إذ هو كما ترى لا حاصل له، فان دين المولى لا بدل له كديون الغرماء مع عوده رقا، إذ رقيته بدل مال الكتابه لا غيرها من الديون، كما هو واضح.

و لو مات قبل أن يقسم ما فى يده و كان مشروطا بطلت الكتابه كما عرفته سابقا و سقطت النجوم و دفع ما فى يده فى الديون خاصه بل عن المبسوط و اختاره فى الإيضاح سقوط أرش الجنايه، لتعلقه بالرقبه و قد فاتت، و تعلقه بما فى يده بحكم الكتابه التى قد فرض بطلانها فيتبعها بطلان ذلك التعلق و إن كان هو لا يخلو من نظر، لمنع تعلق أرش الجنايه برقبته من أول الأمر كالقن، لأن له ذمه قابله لتعلق الدين بها بخلاف القن، و من هنا تحاص مع الديون.

فالتحقيق بناء المسأله على أن أرش جنايه المكاتب الموجبه مالا تتعلق أولا برقبته، و له فداؤها بالمال، أو أنها تتعلق أولا بذمته، فان لم يكن له مال كان للمجنى عليه استيفاؤها من رقبته، ظاهر كلامهم فى المقام الأول، و يأتى بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى، و عليه فمع فرض المسأله فى المحجور عليه و لكن مات قبل قسمه ماله يتجه حينئذ مساواه الأرش للدين، لتعلقه بالتركه قبل الموت، فيستصحب، و لأنه أقوى من دين المعامله، و لذا تتعلق برقبه القن دونه، و زوال الكتابه ينقله إلى الرقيه مع الإمكان، بل لا وجه لتقديم الدين عليه هنا و إن احتمل ذلك حال الحياه باعتبار كون الرقبه محلا آخر له، إلا أن الفرض فواتها، و من ذلك يعلم أنه لا فرق فى الحكم المزبور بين المحجور عليه و غيره.

و كيف كان ف لو قصر ما فى يده عن الديون قسم بين الديان بالحصص على نحو غيره من قاصرى التركه و لا يضمنه المولى بلا خلاف أجده، للأصل و لأن الدين تعلق بذلك المال فقط و ما فى بعض النصوص

السابقه من ضمان المولى عنه لأنه عبده مطرح أو محمول على ضرب من الندب أو على غير محل الفرض، و الله العالم.

[المسأله الخامسه عشره يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقى حرا]

المسأله الخامسه عشره لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقى حرا بل فى الإيضاح اتفاق الفرق عليه. لإطلاق الأدله و عمومها و إفادتها العبد الاستقلال بل أو رقا له، أيضا و إن منعه الشيخ فى المحكى عن مبسوطه لتخلف رفع الحجر الذى هو من لوازم الكتابه معه بعدم استقلاله فيما يحتاج إليه من سفر و نحوه من أنواع السعى، و لزوم مشاركته له فيما يدفع إليه من سهم الرقاب من الزكاه لأنه كسبه.

و أجيب باندفاع ذلك بالمهاياه، و بالتزام عدم المشاركه فى المدفوع من سهم المكاتبه، لعدم قابليه جزء الرق للملك، و الأولى الجواب عن الأول باقتضاء كتابته إياه الاذن فى ذلك، و على كل حال فالمنع ضعيف.

و لو كان الباقى رقا لغيره فأذن صح لوجود المقتضى من إطلاق الأدله و عمومها و ارتفاع المانع الذى هو الحجر عليه المانع له من السعى.

و إن لم يأذن بطلت الكتابه لأنها تتضمن ضرر الشريك بتبعض العبد، و لأن الكتابه ثمرتها الاكتساب و مع الشركه لا يتمكن من التصرف و أجيب عن الأول بمنع اقتضاء الضرر المزبور الناشى من التصرف بماله المسلط عليه عدم جوازها المستفاد من إطلاق الأدله و عمومها، و عن الثانى باندفاعه بالمهاياه.

و فيه أنه لا دليل على لزوم إجابته إليها كما لا دليل على لزومها بعد الإجابه إليها، فلا يحرز التمكن من الاكتساب الذى يتوقف جواز الكتابه عليه، بل منه ينقدح الإشكال فى جوازها مع الاذن، لعدم التزامه بالاستمرار عليها، و لعله لذا قيل بعدم الجواز مطلقا.

لكن يمكن منع اعتبار إحراز التمكن المزبور فى صحه الكتابه، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص موثق سماعه (۱) عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقا المشتمل على النهى عن الامتناع عن مكاتبه من ليس له كثير مال و لا قليله، و على التعليل بأن المؤمن معان، و من هنا جزم الفاضل و غيره بالصحه مطلقا و إن كره الشريك، و لعله الأقوى، و الله العالم. هذا كله فى أركان المكاتبه و أحكامها.

[الثالث فى اللواحق]

[المقصد الأول فى لواحق تصرفاته]

اشاره

و أما الكلام فى اللواحق فيشتمل على مقاصد.

الأول:

فى لواحق تصرفاته، و قد بينا فى المسأله الثانيه من مسائل الأحكام تمام البحث فى أنه لا يجوز للمكاتب أن يتصرف بما فى يده من المال و إن كان مملوكا له بما ينافى الاكتساب من هبه أو محاباه أو إقراض أو إعتاق أو فيه خطر إلا بإذن مولاه فيجوز، لأن الحق لهما و حينئذ ف- كما يصح أن يهب من الأجنبى مثلا باذن المولى فكذا هبته لمولاه بلا خلاف و لا إشكال، و نريد أن نلحق

[مسائل]

[المسأله الأولى المراد من الكتابه تحصيل العتق]

هنا مسائل:

الأولى: لا إشكال فى أن المراد من الكتابه تحصيل العتق (۱۱) بالعوض و إنما يتم بإطلاق التصرف فى وجوه الاكتساب، (۱۲) و حينئذ فإطلاقها يقتضى ذلك فيصح أن يبيع من مولاه و من غيره و أن يشترى منه و من غيره (۱۳) كما يصح له غيرهما من وجوه التكسب، إذ المولى كالأجنبى فى ذلك بلا خلاف أجده.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب المكاتبه الحديث ۱.

و لكن ذكر غير واحد أنه يتوخى ما فيه الغبطه فى معاوضاته بل ظاهرهم المفروغيه منه فيبيع بالحال لا بالمؤجل إلا أن يسمح المشترى بزياده عن الثمن فيعجل مقدار الثمن و يؤخر الزياده و أما هو فإذا ابتاع بالدين جاز، و كذا إن استسلف، و ليس له أن يرهنه، لأنه لاحظ له، و ربما تلف منه، و كذا ليس له أن يدفع قراضا إلى غير ذلك مما ذكروه من الأمثله التى لا طائل فى التعرض لها، و لكن جعلوا الضابط فى الجائز له التصرف الاكتسابى المشتمل على المصلحه و أن لا يكون فيه خطر كما سمعته فى المسأله الثالثه من فصل الأحكام.

بل فى المسالك هنا «فرقوا بين المكاتب و بين الولى حيث يبيع مال الطفل نسيئه و يرتهنه للحاجه أو المصلحه الظاهره، فان المراعى هناك مصلحه الطفل، و الولى منصوب لينظر له، و هاهنا المطلوب العتق، و المراعى مصلحه السيد، و المكاتب غير منصوب لينظر».

بل فيها أيضا «أنه متى باع أو اشترى لم يسلم ما فى يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر، و لذلك ليس له السلم، لأن مقتضاه تسليم رأس المال فى المجلس و انتظار المسلم فيه».

بل فيها أيضا «لما كان الواجب عليه تحرى ما فيه الغبطه و مظنه الاكتساب فعليه أن يبيع بالحال لا بالمؤجل، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض فى الحال تبرع و مشتمل على خطر، سواء باع بمثل قيمته أو أكثر، و سواء استوثق بالرهن أو الكفيل أم لا، لأن الكفيل قد يفلس و الرهن قد يتلف، نعم يجوز أن يبيع ما يساوى مأه بمأه نقدا و بمأه نسيئه، و يجوز أن يشترى نسيئه بثمن النقد، و لا يرهن به، فإنه قد يتلف، و إن اشتراه بثمن النسيئه ففى جوازه وجهان: من اشتماله على التبرع، و من عدم الغبن» إلى غير ذلك مما فيها و فى غيرها كالقواعد و شرحيها و التحرير و نحوها، و ليس فيها كثير اختلاف، و مرجعها إلى كون المكاتب كعامل القراض بل أشد، لكن إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشه فى ذلك بعدم

الدلیل علی التعلیل المزبور.

و صحیح معاویه (۱) عن الصادق علیه السلام المتقدم- الذی فیه «لا یصلح له أن یحدث فی ماله إلا الأکله من الطعام»

مع أن الموجود فی سؤاله «المملوک الـذی کاتب علی نفسه و ماله» المحتمل لکون المراد منه اشتراط عدم التصرف بماله- إنما یراد منه المنع من التصرفات التبرعیه کـالهبه و العتق و نحوهمـا، لاـ مطلق التصـرف حتی الاکتسابی منه الـذی هو من لوازم عقد الکتابه و مقتضیات إطلاقها. و لذا

قال الصادق علیه السلام فی خبر أبی بصیر (۲) السابق فی المسأله المزبوره فی المکاتب المشروط:

«لا یجوز له عتق و لا هبه، و لکن یبیع و یشتری».

بل لعل المسـتفاد منه و من غیره أن رفع الحجر عن المکاتب فی تصـرفاته الاکتسابیه شـرعی لا مالکی کی یلاحظ إذن السید فیه وجودا و عـدما، کالعامل الذی هو وکیل عن المالک، بل لا عبره بنهی المالک للمکاتب عن تصـرفه الاکتسابی فضـلا عن اعتبار إذنه بخلاف العامل.

کما أن المستفاد من

قوله علیه السلام فیه: «یبیع و یشتری»

الاذن له فی التکسب الجاری مجری تکسب العقلاء فی النقـد و النسـیئه و القراض و الإجاره بالنقد و بغیره و السـلم و غیرها، من غیر فرق بین مـا کان فیه خطر أولا، و بین أخـذ الرهن و الکفیل أولا، إذ المـدار علی التکسب المزبور مکانا و زمانا و أحوالا، بل الظاهر جواز التصرف له بماله بما لا مفسده فیه للمال و لا حاجه إلی ملاحظه الغبطه، فله بیع الشی ء بثمن مثله و غیر ذلک.

و بـالجمله مـا ذکروه من التقییـدات المزبوره التی هی أشـد منها فی ولی الطفل لا أعرف له دلیلا سوی دعوی کون المکاتب لم یخرج بالکتابه عن الرقیه التی مقتضاها الحجر علیه، و أنه کَلٌّ عَلی مَوْلاهُ لا یَقْدِرُ عَلی شَیْ ءٍ، و أقصـی ما خرج عن ذلک بسبب الکتابه ما اشتمل علی القیود المزبوره دون غیره الذی یکفی فی مثله الشک فیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المکاتبه الحدیث ۳.

لکنه کما ترى مناف لإطلاق الإذن بالبيع و الشراء الـذى هو کنايه عن الاکتساب، و لما هو المعلوم من أن مقتضـى عقـد الکتابه استقلال العبد بالتصرف فى ماله بغير التبرع المؤدى إلى تلف المال بلا عوض.

و لـو تصـرف تبرعـا و لم يرده السـيد و لـو لعـدم علم به فتحرر بالأـداء صـح تصـرفه فى قول قوى، لمـا ذکرنـاه فى نظيره من بيع المالک المال المرهون ثم فکه، و لما سمعته فى صحيح معاويه بن وهب (۱)

المتقدم من صحه نکاحه، و قيل بالعدم، لاستلزامه تعليق البيع أو نفوذه مع تعلق حق الغير به من دون إذن منه، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا کان للمکاتب على مولاه مال و حل نجم يجوز التهاتر]

المسأله الثانيه:

إذا کان للمکاتب مشـروطا أو مطلقا على مولاه مال و حل نجم من نجومه کان حکمه کالأجنبى مع الأجنبى بالنسـبه إلى التقاص فان کان المالان متساويين جنسا و وصـفا تهاترا قهرا سواء کانا نقـدين أو عرضـين مثليين، کما فى الدروس و المسالک، لما بيناه فى محله من عدم ملک شخص على آخر ما يملکه عليه.

و لو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل.

و إن کانا مختلفين جنسا أو وصفا و لو بالحلول و التأجيل أو اختلاف الأجل و فى الدروس و المسالک أو کانا قيميين لم يحصل التقاص إلا برضاهما للأصل و قاعـده التخيير للمديون فى جهات القضاء و غير ذلک، لکن قد يناقش فى خصوص ما سـمعته من الـدروس و المسالـک بـأن مـا أشـرنا إليه من دليـل التهـاتر شامـل للمثلى و القيمى، اللهم إلاـ أن يقـال: إن دليـل التهـاتر القهرى الإجماع، و المسلم منه المثلان دون القيميين، فلو فرض أن لکل واحد على الآخر عبدا مثلا موصوفا بصفات متحده لم يتقاصا إلا بالتراضى.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۶- من أبواب نکاح العبيد و الإماء الحديث ۲.

هـذا و قـد عرفت أنه هكـذا حكم كـل غريمين فى جميع مـا سـمعت و لكن إذا تراضـيا كفى ذلك فى براءه ذمه كل منهما عما للآخر عليه فى المشهور و لو لم يقبض الذى له ثم يعيده عوضا سواء كان المال أثمانا أو إعراضا لما تقدم فى محله من أن الوفاء معاوضه مستقله برأسها، و من أن ما فى الذمه مقبوض لمن هو عليه، فلاحظ و تدبر.

و فيـه قـول آخر للشـيخ فى المحكى عن مبسـوطه بالتفصـيل و هـو إن كانـا نقـدين قبض أحـدهما و دفعه عن الآـخر، و إن كـانا عرضـيين فلاـ بـد من قبضـهما، و إن كـان أحـدهما نقـدا فقبض العرض ثم دفعه عن النقـد جـاز دون العكس، و فى الـدروس و المسالك و كان الشيخ يجعل المقاصه بيعا فيلحقها أحكامه من بيع الدين بالدين و شبهه، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا اشترى أباه مثلا بغير إذن مولاه لم يصح]

المسأله الثالثه:

إذا اشترى أباه مثلا بغير إذن مولاه سابقا أو لاحقا لم يصـح إذا لم يكن له مـدخليه فى التكسب، لعدم ثبوت الاذن له شـرعا بمثل هذا التصرف، فيبقى على أصل الحجر عليه و إن لم ينعتق عليه فما عن بعض- من الجواز لأنه اشترى مملوكا لا ضرر على المولى فى شـرائه، و لهذا كان كسـبه له، و إن عاد المكاتب فى الرق عاد هو معه كالأجنبى- ضـعيف لا لما فى المسالك من أن صرف المـال فى ثمنه مع عـدم جواز بيعه و التكسب به غير سـائغ له و إن لم يعتق فى الحال، إذ يمكن منع عـدم جوازه له إذا فرض قله ثمنه مع كونه كسوبـا بحيث يسـتعين به على أداء مـال الكتـابه بـل لأـن المفروض شـراؤه على وجه لا مـدخليه له فى التكسب، و يكفى فى ضـرر المولى دفع المـال فى مقـابله من لاـ يجوز له التكسب فيه بـبيع و نحوه، و لاـ كسب له يسـتعين به على أداء مـال الكتابه.

نعم لو قلنا يجوز له التصـرف فيه ببيع و نحوه لم يكن إشـكال فى جواز شرائه، ضروره كونه حينئذ كالأجنبى إلا أنى لم أجد من صرح بجوازه، بل ظاهر بعض من تعرض لذلك و صريح آخر كالفاضل فى القواعد و الأصبهانى فى شرحها و غيرهما

العدم، بل أرسلوه إرسال المسلمات، و إن كان دليله إن لم يكن إجماعا لا يخلو من إشكال للأصل و غيره، و كونه يتحرر تبعا لتحرر الولد الذى لم يعلم حصوله لا يقتضى عدم جواز بيعه، و لعله لذا تردد فيه الكركى فى حاشيه الكتاب إلا أنى لم أجده لغيره.

نعم فى الإيضاح فى تقرير دليل القول بجواز الشراء من دون إذن ما يقتضى جواز بيعه عند معاينه العجز، نحو ما سمعته عن بعضهم فى ولد المكاتبه، لكن صريحه فى تقرير القول بعدم جواز شرائه عدم جواز التصرف فيه بنحو ذلك.

و من الغريب قوله فى الحاشيه المزبوره: «إنى لم أظفر للأصحاب بتصريح بجواز البيع و عدمه» مع تصريح الفاضل فى القواعد التى هى بين يديه بذلك، و قد حكى هو عن الإيضاح شرحها ما نقلناه عنه قال فيها: «و إذا اشتراه أو قبله فى الوصيه ملكه و ليس له بيعه و لا هبته و لا إخراجه عن ملكه، و لا ينعتق عليه» و قد صرح أيضا فى التحرير و الدروس بعدم جواز التصرف فيه، بل المصنف فى المسأله الثانيه قد صرح بعدم جواز التصرف، و يمكن أن يكون دليلهم على ذلك مضافا إلى الإجماع فحوى ما دل على الانعتاق عليه بالملك (۱)

القاضى بعدم جواز التصرف فيه بنحو ذلك و إن منع من الانعتاق مانع من جهه ضعف الملك أو غير ذلك، بل و فحوى نصوص (۲)

أولاد المكاتب و المكاتبه الظاهره فى عدم دفع الأولاد عن مال المكاتبه، و غير ذلك، و الله العالم. هذا كله إذا لم يأذن له المولى.

و إن أذن له صح و لو لم يكن له مدخليه فيه، لأن الحق لهما و كذا يصح من دون إذن لو أوصى له به و لم يكن فى قبوله ضرر من حيث الإنفاق عليه بأن يكون مكتسبا يستغنى بكسبه و إن كان لو مرض أو عجز أنفق عليه كما فى المسالك، لأنه من صلاح ماله لا للمواساه الممنوع منها كما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب المكاتبه.

فی أقاربه الأحرار و إن کان قد یناقش بأن ذلک کاف فی عدم جواز قبوله المعتبر فی صحه الغبطه عنده، فلا بد من فرض کونه کسوبا یستعین به علی مال الکتابه، و لا یکفی عدم الضرر، بل قد عرفت فی کتاب الوصایا جزم المصنف و غیره بعدم صحه الوصیه من غیر السید للمکاتب، بل ادعی بعضهم الإجماع علیه مضافا إلی بعض النصوص (۱)

فلاحظ و تأمل.

و کیف کان ف إذا قبله فان أدی مال الکتابه عتق المکاتب و عتق الأخر مع عتقه، و إن عجز ففسخ المولی استرقهما معا مثل غیره من عبید المکاتب، و فی کشف اللثام «لانکشاف أنه الذی ملکه لا المکاتب» و هو کما تری.

نعم فی المتن و فی استرقاق الأب تردد قیل مما ذکرناه، و من تشبثه بالحریه بجریانه فی ملک ولده، و هو کما تری. ضروره أنه لا سبیل إلی إبطال القبول بعد صحته، و لا إلی عتق الأب مع استرقاق الولد، و لعله لذا لم یحک عن غیر المصنف احتمال ذلک، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا جنی عبد المکاتب لم یکن له أن یفکه بالأرش إلا أن یکون فیه الغبطه له]

المسأله الرابعه:

إذا جنی عبد المکاتب غیر أبیه بما یوجب الأرش لم یکن له أن یفکه بالأرش إلا أن یکون فیه الغبطه له و لو لقصور الأرش عن قیمته، فیفضل له ما ینتفع به، أو لأن عینه تشتمل علی منفعه تعود علی المکاتب فی مالیته بکسب و غیره.

و لو کان المملوک الجانی أب المکاتب الذی دخل فی ملکه بوجه من الوجوه السالفه قیل لم یکن له افتکاکه بالأرش و لو قصر عن قیمته أی الأب لأنه یتعجل بإتلاف مال له التصرف فیه، و یستبقی ما لا ینتفع به، لأنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۹ و ۸۰- من کتاب الوصایا.

لا يتصرف فى أبيه، و لكن فى هذا تردد مما سمعت و من إمكان فرض الغبطه له بزياده كسبه.

و لعل هـذا أولى مما فى حاشـيه الكركى و المسالك من أن مرجع التردد فيه إلى الإشـكال فى جواز شـرائه و عدمه، فإن أجزناه فذاك و إلا فلا، إذ فيه أن المصنف قد جزم بعدم الجواز سابقا اللهم إلا أن يكون هذا التردد بعده، و الأمر سهل.

و فى الإيضاح جعل أحد وجهى التردد فيه إمكان الاستعانه بثمنه عند معاينه العجز، و فيه ما ذكرناه سابقا فى ولد المكاتبه من أنه لا دليل على خصوص ذلك إلا بعض الوجوه الاعتباريه، و الله العالم.

[المقصد الثانى فى جنايه المكاتب و الجنايه عليه]

[الأول فى مسائل المشروط]

[المسأله الأولى إذا جنى المكاتب على مولاه عمدا فان كانت نفسا فالقصاص للوارث]

المقصد الثانى فى جنايه المكاتب و الجنايه عليه، و فيه قسمان:

الأول:

فى مسائل المشروط و هى سبع:

الأولى:

إذا جنى المكاتب على مولاه عمـدا فان كانت نفسا فالقصاص للوارث، فان اقتص كان كما لو مات فى بطلان الكتابه و انتقال ما فى يـده و أولاده للوارث و إن كانت طرفا فالقصاص للمولى، فان اقتص فالكتابه بحالها للأصل و غيره، و إن عفى هو أو الوارث على مال صـح، و بقيت كتابته كما لو كانت الجنايه توجب مالا، لأن المولى مع المكاتب كالأجنبى بالنسـبه إلى ذلك و إن كان ملكا له، و إنما لا يثبت له على ملكه مال فى غير المكاتب الذى هو كالحر فى

قابليه الملک و الملک عليه.

نعم الأقوى وفاقا للفاضل و ولده و الكركى و الشهيدين و الأصبهانى و غيرهم ثبوت الأرش له ما لم يزد عن قيمته، و إلا كان له مقدار القيمه، ل

قوله عليه السلام (۱): «لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه»

و مساواته للحر إنما هو فى ثبوت مال فى ذمته لا فى مقدار الأرش، فما عن بعض- من ثبوته فى ذمته و لو أضعاف قيمته بل قيل إنه مقتضى إطلاق المصنف الأرش بل قد يؤيده كلامه فى المسأله الثانيه- واضح الضعف.

و على كل حال فإن وفى ما فى يده بالأرش و مال الكتابه و فى الحقين و عتق، و كذا إن قصر عنهما معا، و لكن يفى بمال الكتابه و رضى السيد بالأداء عنه و بقاء الأرش، و إلا فقد سمعت سابقا ما ذكروه من تسلط المولى على أخذ ما فى يده و تعجيزه عن مال الكتابه، فيرجع حينئذ رقا، و عرفت البحث فيه إن لم يكن إجماعا.

و لو لم يكن فى يده مال أصلا عجزه المولى إن شاء و سقط أرشه حينئذ، لعدم ثبوت مال له فى ذمه عبده، مع احتماله و يتبع به بعد العتق إن حصل، لثبوته فى ذمته، و هو قابل لذلک، و الأصل بقاؤه، و المسلم من عدم ثبوت المال له فى ذمه عبده إنما هو فى الابتداء لا الاستدامه، اللهم إلا أن يكون إجماعا و أولى من ذلک فى الثبوت ما لو أعتقه بعد جنايته أو أبرأه من مال الكتابه و لم يكن فى يده شى ء، لأصاله بقائه حال الحريه التى هى أولى بالثبوت من حاله الأول.

فما عساه يقال: بل ربما كان ظاهر بعض اختياره- من سقوط الأرش حينئذ بل صريح الدروس ذلک لأنه أزال الملک عن الرقبه التى كانت متعلق الأرش باختياره و لا مال غيرها- واضح الفساد، ضروره اقتضائه السقوط أيضا لو أدى مال الكتابه سابقا على دفع الأرش إذا كان ما فى يده يفى بهما، و احتمال الفرق- بأن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ۱۰ من كتاب القصاص.

العتق هنا بسبب من جهته بخلاف ما لو أعتقه مجانا، مع أنه لا يتم فی الإبراء الذی هو بمنزله الأداء- لا حاصل له.

و أضعف من ذلک ما احتمله فی الدروس و غیرها من سقوط الأرش لو أعتقه و إن کان عنده مال، لتعلق الأرش بالرقبه أصاله و المال یثبت تبعا و الفرض فواتها، إذ لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه، علی أن دعوی تعلق الأرش بالرقبه فی الجنایه علی المولی یمکن منعها لکونها ملکا له قبل الجنایه، فلا وجه لتعلق حقه بملکه، و إنما یثبت له فی ذمته إلا علی احتمال ستعرفه إنشاء الله فتأمل جیدا، و الله العالم.

و علی کل حال فمما ذکرنا یظهر لک ما فی قول المصنف و غیره و إن کانت الجنایه خطأ فهی تتعلق برقبته، و له أن یفدی نفسه بالأرش لأن ذلک یتعلق بمصلحته التی هی کنفقته و علاج مرضه، إذ قد عرفت أن رقبته ملک للسید، فلا وجه لتعلق حقه بها، نعم لما صار له بالکتابه ذمه قابله لأن یملک علیه بها من غیر فرق بین المولی و غیره تعلق أرش جنایته علی المولی بها، کما هو مقتضی إطلاق ما دل علی دیتها الظاهر فی أن موردها الذمم کقیم المتلفات، و إنما تعلقت برقبه العبد فی بعض المواضع لعدم ذمه له فعلا یتمکن من الأداء بها مع قوه أمر الجنایه و أنه

لا یطل دم امرئ مسلم (۱)

فشرع الاستیفاء منها عوض الذمه، فتأمل جیدا، و الله العالم.

و کیف کان ف حکم الخطأ حکم العمد الموجب مالا، و هو ما سمعته من أنه إن کان ما بیده من المال بقدر الحقین فمع الأداء ینعتق، و إن قصر دفع أرش الجنایه و فیه البحث السابق. فان ظهر عجزه کان لمولاه فسخ الکتابه، و إن لم یکن له مال أصلا و عجز فان فسخ المولی سقط الأرش لأنه لا یثبت للمولی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۶- من أبواب القصاص فی النفس الحدیث ۲ و الباب- ۲- من أبواب دعوی القتل الحدیث ۱ من کتاب القصاص و فیهما «لا یبطل دم امرئ مسلم».

فی ذمه المملوک مال و فیه البحث السابق. و سقط مال الکتابه بالفسخ.

و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا جنی علی أجنبی عمدا فان عفی فالکتابه بحالها]

المسأله الثانیه:

إذا جنی علی أجنبی عمدا فان کانت طرفا و اقتص منه أو عفی علی مال أولا- علیه فالکتابه بحالها و إن کانت الجنایه نفسا و اقتص الوارث کان کما لو مات فی بطلان الکتابه علی نحو ما سبق، و إن عفی علی مال أو کانت الجنایه موجبه له جاز له دفع الأرش الذی هو أقل الأمرین منه و من قیمته أو المقدر له بالغا ما بلغ علی البحث السابق.

و فی المسالک «أولی بالاکتفاء بالأقل هنا، لأن الأرش یتعلق برقبته و إن استرقه المولی، بخلاف ما لو کانت علی المولی، فمراعاه جانب الحریه ثم أقوی، و مراعاه جانب القن هنا أقوی».

قلت: الذی یظهر منهم فی المقام و فیما تقدم أن أرش الجنایه یحاص الدیون، و یوجب التحجیر لو طلبه من الحاکم، و غیر ذلک مما هو مستلزم لکونه دینا متعلقا فی الذمه، لا أنه متعلق بالرقبه، مؤیدا ذلک بأن ظاهر الأدله اتحاد کیفیه تعلق الأرش فیهما، و حینئذ فیقوی تعلقه بذمته فی المقامین، لما عرفت من عدم تعلق حق المولی بملکه.

اللهم إلا أن یلتزم بکون فائدته التسلط علی بیعه مثلا الذی لم یکن جائزا له بسبب الکتابه التی لا یجوز له فسخها قبل حصول سببه و إن کان هو کما تری یمکن منعه، خصوصا مع بذله الأرش، فتأمل جیدا فإن المسأله غیر محرره فی کلامهم، بل هو کالمتدافع بالنسبه إلی ذلک، و المسأله لا تخص الفرض، بل المراد أن أرش جنایه المکاتب مطلقا فی ذمته و الرقبه کالمرهونه علیه، أو فی رقبته و إن کان له فکها بالأرش، و قد عرفت أن الأقوی الأول.

نعم قـد يقال فی الفرض الذی هو الجنایه عمدا: إنه لما کان الخیار فیه للمجنی علیه و طلب الأرش الذی هو أزید من القیمه فهل للمکاتب دفعه بدون إذن المولی کالأقل و المساوی؟ المحکی عن الشیخ العدم، لأنه ابتیاع لنفسه، بأکثر من ثمن المثل، و هو لا یملک التبرع، و فی التحریر الوجه عندی جواز دفع الأکثر، و لعله لا یخلو من قوه، و الله العالم.

و إن کـان قـد جنی علیه خطأ کان له فک نفسه بأرش الجنایه الـذی هو ما عرفته و إن نافی ذلک الاکتساب لکنه لمصلحته التی هی أعظم من نفقته المأذون فیها و علاج مرضه، بل قد عرفت أن المنهی عنه التصرف التبرعی لا غیره، نعم ظاهر قولهم: «له فک نفسه» تعلق الجنـایه أولاـ بـالرقبه، و یمکن منعه لمـا عرفت، فیکون متعلقـا بـذمته و إن کـانت العین کـالرهن علیه، بمعنی تسلط المجنی علیه علی الاستیفاء منها إن لم یدفع له، لأهمیه حق الجنایه من غیره، فیلاحظ فیه الأمران.

و حینئـذ ف لو لم یکن له مال فلأجنبی بیعه أجمع فی أرش الجنایه مع الاستغراق و إلا بیع منه قـدر الأرش و بقی الباقی مکاتبا، فان عجز و فسخ المولی صار العبد مشترکا، و إن أدی عتق الباقی، و فی تقویم حصه الشریک علی العبد مع یساره أو تمکنه من السعی البحث السابق و إن جزم به الفاضل هنا فی القواعد، بـل فی کشف اللثـام «و هـل یجبر علیه أو الشریک علی القبول؟ وجهان» لکن لا یخفی علیک ما فی الجمیع بعد الإحاطه بما ذکرناه سابقا.

بقی الکلام فی شی ء، و هو أن ظاهر بعض و صریح آخر أن المجنی علیه إذا أراد البیع لا بـد له من فسخ الحاکم الکتابه، لأن المکاتب لا یباع و لیس له فسخها، لأنه لیس بالعاقد لها، بل و لا للسید قبل حصول العجز المسلط له علی الخیار، فلیس حینئذ إلا الحـاکم و فیه أنه بعـد أن دلت الأدله علی تقـدیم حق الجنایه علی غیره من کتابه أو رهن أو غیرهما لم یحتـج إلی فسخ، بل هو تسلط شرعی علی

ما يلزمه الفسخ من البيع و نحوه، و الله العالم.

و كيف كـان فله بيعه إلاـ أن يفـديه السـيد بالأـرش، فـإن فـداه فالكتابه بحالها، و يجب على المجنى عليه قبول الفـداء إن كانت الجنايه خطأ، و إن كانت عمـدا ففى المسالك التخيير للمجنى عليه كالقن، و فيه أنه بناء على ما ذكرناه من تعلق الأرش بـذمته لا رقبته يتجه عليه قبوله، لأـنه حينئـذ كـالتبرع بوفاء الـدين و أولى بالقبول لو فرض بـذل المكاتب الأرش فى جنايه العمـد الموجبه مالا.

و لو اختار السـيد الفداء لم يلزمه الاسـتمرار عليه ما لم يكن ضـمانا، بل له أن يرجع عن اختياره و يسـلم العبد، نعم إذا مات العبد بعـد الاختيار أو باعه أو أعتقه ففى المسالك «التزم به، لأنه فوت بالإعتاق و البيع و التأخير متعلق حق المجنى عليه» و كأنه أخـذه مما فى القواعد من أنه «إن أعتقه السـيد كان عليه فداؤه بذلك، لأنه أتلف محل الاسـتحقاق كما لو قتله، و إن عجز ففسخ السيد فـداه بـذلك أو دفعه» و نحوه فى التحرير، لكنه كما ترى خال عن ذكر الموت الـذى يمكن المناقشه فى التزامه بالفداء معه و إن اختاره ما لم يكن بالتزام شرعى.

بل قد يقال بعدم صحه البيع و نحوه مع الجنايه عمدا أو عدم لزومه، بل يبقى مراعى بالفداء، فان حصل ففدا و إلا كان له فسخه، بل إن لم يكن إجماعا فى العتق لبنائه على التغليب أمكن دعوى ذلك فيه، بل فى الدروس الجزم بعدم الصـحه، قال: «و لو أعتقه بعد جنايته على أجنبى عمدا لم يصح، و إن كان خطأ فكعتق القن مراعى بضمان الجنايه، و عليه أقل الأمرين من قيمته و الأرش، سواء كان الأرش لواحد أو جماعه» إلى آخره.

بـل من ذلـك يعلم النظر فيما فى المسالك و غيرها من أنه «يضـمن المكاتب الأرش للمجنى عليه لو أدى ما عليه لسـيده و انعتق بذلك» قال فى الدروس: «و لو جنى ثم أدى مال الكتابه عتق، و ضـمن أروش الجنايات أو الأقل على الخلاف، لأنه أتلف الرقبه بفعله» و قـال فى المسالـك: «و لو فرض عتق المكـاتب بـأداء النجوم فعليه ضـمان الجنـايه، و لا يلزم المولى فـداؤه و إن كان هو القابض للنجوم، لأنه

يجبر على قبولها فالحواله على المكاتب أولى» و نحوه فى التحرير و غيره، إذ يمكن منع ترتب العتق على الأداء بناء على ما عرفت، خصوصا فى الجنايه عمدا، و خصوصا إذا قلنا بكون المتعلق الرقبه لا الذمه، فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو جنى عبد المكاتب خطأ]

المسأله الثالثه:

لو جنى عبد المكاتب على أجنبى خطأ فى النفس أو فى الطرف فاقتص منه فلا بحث، و إن عفى على مال أو كانت الجنايه موجبه له أو كانت خطأ كان للمكاتب فكه بالأرش إن كان دون قيمه العبد أو مساويا، لعدم التبرع منه و إن كان أكثر لم يكن له ذلك إلا بإذن المولى كما ليس له أن يبتاع بزياده عن ثمن المثل إلا أن يفرض حظ له فى ذلك بكون العبد كسوبا و نحوه.

هذا و فى المسالك «ثم الاعتبار بقيمه العبد يوم الجنايه، لأنه يوم تعلق الأرش بالرقبه، و فيه وجه آخر أنه يعتبر قيمته يوم الاندمال بناء على أنه وقت المطالبه بالمال، و ثالث و هو اعتبارها يوم الفداء، لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه، و يستديم الملك فيه يومئذ، و رابع و هو اعتبار أقل القيمتين من يوم الجنايه و يوم الفداء احتياطا للمكاتب و إبقاء للمالك عليه و الأوجه آتيه فى قيمه المكاتب نفسه إذا اعتبرت قيمته» و نحوه فى الإيضاح لكن اقتصر على الثلاثه.

قلت: لا ريب فى كون المعتبر قيمته وقت الجنايه بالنسبه إلى تعلقها برقبته المقتضى لملاحظه قيمته فى ذلك الوقت، كى يعرف مقدار ما تسبب بالجنايه من استحقاقها، بل لا وجه لاعتبار القيمه المتأخره فى مقدار سبب الجنايه المتقدم الذى لا يتأخر أثره، و ليس المقام كقبض المغصوب، بل هو كالإتلاف المسبب لضمانه ما أتلفه و لو على وجه يتعلق استحقاقه بالرقبه على الوجه المزبور و إن لم يملكها، كما أنه لا ريب فى اعتبار ملاحظه يوم الفداء بالنسبه إلى فك المكاتب له باعتبار

الغبطه له فی فکه و عدمه.

و لو کان عبده أباه أو ولده ففی فکه بالأرش الکلام السابق فی شرائه.

و لو کانت جنایه العبد علی سیده بما یوجب القصاص اقتص منه من غیر حاجه إلی إذن السید، لإطلاق الأدله المقتضی ثبوت هذا الحق له علی وجه یقدم علی ما دل علی منع التصرف له فی ماله، و إن کانت بما یوجب المال لم یثبت له علی ماله مال، نعم لو جنی علی سید سیده فهو کما لو جنی علی أجنبی.

هذا و قد یستفاد من عباره المتن هنا اختیار کون الأرش المقدر و إن زاد علی قیمه العبد و هو و إن کان أحد قولی الشیخ فی المسأله لکنه فی غایه الضعف، بل عنه نفسه دعوی الإجماع علی خلافه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذ جنی علی جماعه فان کان عمدا کان لهم القصاص]

المسأله الرابعه:

إذ جنی علی جماعه فان کان عمدا و کانت الجنایه علیهم دفعه بأن قتلهم بضربه واحده أو ألقی علیهم جدارا دفعه کان لهم القصاص جمیعا و إن کان خطأ أو عمدا توجب مالا- کان لهم الأرش متعلقا برقبته أو فی ذمته علی کلام السابق، سواء کانت الجنایه متعاقبه أو دفعه فان کان ما فی یده یقوم بالأرش فله افتکاک رقبته و إن لم یکن له مال تساووا فی قیمته بالحصص هذا إن أوجبنا الأرش بالغا ما بلغ.

و إن أوجبنا الأقل من أرش الجنایات کلها و من قیمته تحاصوا فیه بالنسبه، لأن الجانی لا یجنی علی أزید من نفسه، اتحدت جنایته أو تعددت، مترتبه أو دفعه، و سبق تعلق الاستحقاق للأول لا ینافی شرکه الآخر له بالجنایه المتأخره.

و لو کانت الجنایه موجبه للقصاص علی التعاقب ففی مساواته للأرش فی الاشتراک و عدمه ما لم یکن قد حکم به لأولیاء الأول قولان یأتی تحقیقهما فی

محله إن شاء الله تعالى، كما انه يأتى تحقيق المراد بالاشتراك فى القصاص و ما يترتب على العاصى لو فعل من دون إذن، و غير ذلك من هذه المسائل.

و لو عفى بعضهم قسم على الباقين، و لو كان بعضها يوجب القصاص استوفى و سقط حق الباقى، و إن عفى على مال شارك، و لو أعتقه أو أبرأه من النجوم ففيه البحث السابق، و كذا لو أدى نجوم كتابته، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا كان للمكاتب أب و هو رق]

المسأله الخامسه:

إذا كان للمكاتب أب و هو رق ل ه فى جمله عبيده فقتل عبدا له لم يكن له القصاص فيه كما لا يقتص منه فى قتل الولد بل هذا أولى، لأنه لا يثبت للولد على الوالد قصاص بلا خلاف و لا إشكال، نعم لو كان ابنه رقا له و قتل عبيدا من عبيده اقتص منه، لإطلاق أدلته.

و لذا لو كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض بما يوجب القصاص جاز له الاقتصاص من دون إذن سيده و إن لم يكن تصرفا اكتسابيا و أدى إلى قتل عبده أجمع حسما لماده التوثب الذى فيه حفظ للمال أيضا، و اهتماما بالدماء الذى هى أعظم من الأموال، و ربما احتمل العدم للحجر عليه فى التصرف فى ماله بغير الاكتساب، و فيه منع واضح، ضروره كون المسلم الحجر عليه فى التبرع بالمال، و ليس الفرض منه، بل هو فى الحقيقه من سياسه المال و حفظه.

و لو كانت الجنايه توجب مالا لم يثبت له على ماله مال حتى فى الأب و الولد، و إن احتمل جواز بيعهما له فى جنايتهما الموجبه مالا تحصيلا للاستعانه بأرش جنايتهما بعد أن لم يكن له بيعهما قبل الجنايه، بخلاف غيرهما من العبيد الذين لم يثبت له عليهم مال بجناياتهم، لأنه يملك بيعهم قبل الجنايه، إلا أنه

كما ترى، و ثبوت المال للسيد على المكاتب لو جنى عليه باعتبار خروجه عن محض الرقيه، و صيروره ذمه له يملك بها، فيندرج فى أدله الجنايه، بخلاف المملوك فإنه لا ذمه له بالنسبه إلى المولى، و هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا قتل المكاتب المشروط فهو كما لو مات]

المسأله السادسه:

إذا قتل المكاتب المشروط فهو كما لو مات تبطل كتابته و يموت رقيقا، و للسيد كسبه و أولاده، فإن كان القاتل المولى فليس عليه إلا الكفاره، و إن قتله أجنبى حر فلا قصاص أيضا، و لكن عليه القيمه.

و لو كان القتل بسرايه الجرح فان كان قبل أن يعتق و قد أدى أرش الجرح إلى المكاتب أكمل القيمه للمولى، و إلا دفع إليه تمام القيمه، و إن كان الجانى المولى سقط عنه الضمان، و أخذ كسبه الذى منه أرش الجرح الذى دفعه إليه، و إن كانت السرايه بعد ما عتق بأداء نجومه فعلى الجانى الأجنبى تمام الديه، لأن الاعتبار فى الضمان بحاله الاستقرار و تكون لوارثه، بل لو كان الجانى المولى كان عليه ذلك أيضا، و إن كان لا ضمان عليه لو جرح عبده القن ثم أعتقه و مات قبل السرايه، للفرق بينهما بأن ابتداء الجنايه هنا غير مضمون بخلاف المكاتب فإن ابتدائها مضمون.

و لو جنى على طرفه أى المكاتب عمدا و كان الجانى هو المولى فلا قصاص قطعا، لعدم المكافاه، و لكن عليه الأرش الذى هو من كسبه و عوض عضوه الذى فاته الاكتساب به. و كذا إن كان الجانى أجنبيا حرا أو مبعضا و ذلك لما عرفته من عدم المكافاه.

نعم إن كان الجانى مملوكا ثبت (۱۱) له القصاص (۱۲) و ليس للسيد منعه و لا إجباره على العفو على مال كالمريض و المفلس، لعدم كونه تصرفا فى مال، مع إطلاق أدله القصاص، و إن احتمل لأنه قد يعجز فيعود إلى المولى مقطوع اليد

مثلا- بلا- جابر، إلا أنه كما ترى لا يصلح لتقييد إطلاق الأدله، بل لو عفى عما له من القصاص مجانا صح، لأن موجب الجنايه القصاص لا- المال، و أولى منه لو عفى على أقل من أرش الجنايه، و ربما احتمل العدم فيهما، بل هو خيره الكركى فى حاشيته فى الأول، لأنه تصرف غير اكتسابى، و فيه منع الحجر عليه فى مثله و إن لم يكن اكتسابا، لأنه ليس تبرعا بمال، نعم لو كانت الجنايه توجب مالا لم يكن له العفو من دون إذنه.

و كيف كان ف كل موضع يثبت فيه الأرش فى العمد و الخطأ على المولى أو على غيره فهو للمكاتب، لأنه من كسبه و عوض ما فاته من الاكتساب بسبب الجنايه، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمدا فأراد الاقتصاص فللمولى منعه]

المسأله السابعه:

إذا جنى عبد المولى على مكاتبه عمدا فأراد الاقتصاص منه ف عن المبسوط للمولى منعه لأنه تصرف غير اكتسابى، فلا تنقطع عنه سلطنه المولى، و فيه أن إطلاق الأدله ينافيه، خصوصا بعد ما سمعت من أن له الاقتصاص من غيره و من عبيده لو جنى بعضهم على بعض.

و من الغريب جزم المصنف هنا بأن للمولى منعه المبنى على بقاء سلطنه المولى له على ذلك مع جزمه السابق بأن له القصاص من عبيده و أنه إن جنى عليه مملوك ثبت له القصاص الظاهر فى أن ليس للسيد منعه عن ذلك، ضروره عدم الفرق فى المملوك بين عبد السيد و بين غيره.

و تحقيق المسأله مبنى على أن المكاتب محجور عليه فى سائر تصرفاته الماليه و غيرها إلا التصرف الاكتسابى، و إلا ما يرجع إلى الإنفاق عليه و على غيره ممن نفقته عليه من عبد أو أمه و نحوهما، أو أنه بالكتابه قد ارتفع الحجر عنه

مطلقا إلا التصرف التبرعی فی ماله، فله استیفاء حقه من القصاص و غیر ذلک من التصرفات التی لیست اکتسابیه الظاهر الثانی.

و صحیح معاویه بن عمار (۱)

المتقدم سابقا المشتمل- علی النهی عن أن یحدث فی ماله إلا الأکله من الطعام مع أنه فی المکاتب علی نفسه و ماله الذی یمکن إراده اشتراط ذلک علیه من الکتابه علی ماله کما ذکرناه سابقا- إنما هو فی التصرف فی المال، و النهی عن التزویج فیه و فی غیره لا یقتضی المنع عن سائر التصرفات التی یمکن القطع بخلاف ذلک فیها من إیداع ماله و التصرف فیه برکوب و لبس و استعمال و نحو ذلک، کالقطع بثبوت الحق له بسبب الجنایه أو غیرها، و لو لأنه قد یرجع إلی مال، فیکون سلطنه الاستیفاء له، فتأمل جیدا فانی لم أجد المسأله محرره فی کلامهم، و الله العالم.

و علی کل حال ف ان کانت الجنایه خطأ فأراد الأرش لم یملک منعه، لأنه بمنزله الاکتساب الذی لیس له منعه منه و لکن لو أراد الإبراء توقف علی رضا السید لأنه تصرف تبرعی، و کذا فی العمد لو عفی علی مال ثم أراد الإبراء منه، و الله العالم. هذا کله فی المشروط.

[الثانی فی المطلق]

و أما المطلق ف ان لم یکن قد أدی شیئا فهو بحکمه و إذا أدی من مکاتبته شیئا تحرر منه بحسابه فان جنی هذا المکاتب، و قد تحرر منه شی ء و کانت جنایه عمدا علی حر اقتص منه إلا أن یعفی عنه علی مال أولا علیه و لو جنی علی مملوک أو علی من کان أقل حریه منه لم یقتص منه لما فیه من الحریه، و لزمه من أرش الجنایه بقدر ما فیه من الحریه و تعلق برقبته منها بقدر رقیته کما هو حکم المبعض فی أکثر المقامات.

و لو جنی علی مکاتب مساو له (۱۱) فی الحریه اقتص منه (۱۲) لحصول

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب المکاتبه الحدیث ۱.

المکافاه و إطلاق أدله القصاص نعم لو کان حریه الجانی أزید لم یقتص منه لعدم المکافاه و إن کانت أقل اقتص منه لحصولها و زیاده.

و لو کانت الجنایه خطأ تعلق بالعاقله بقدر الحریه، و برقبته بقدر الرقیه للتبعیض و للمولی و لنفسه أن یفدی نصیب الرقیه بنصیبها من أرش الجنایه بالغا ما بلغ أو بأقل الأمرین علی الأصح سواء کانت الجنایه علی عبد أو علی حر خلافا لما عن بعض العامه، فجعل دیه الجنایه علی العبد فی ذمه الجانی و إن کانت خطأ.

و لو جنی علیه حر أو أزید حریه منه فلا قصاص لعدم المکافاه، و علیه الأرش (۱۱) الذی هو هنا مرکب من بعض دیه هذه الجنایه علی الحر و بعض أرشها علی العبد و لو کان (۱۲) الجانی رقا (۱۳) أو أقل حریه أو مساویا اقتص منه (۱۴) فی العمد بلا خلاف و لا إشکال، و الله العالم.

[المقصد الثالث فی أحكام المكاتب فی الوصایا]

[المسأله الأولی لا تصح الوصیه التملیکیه برقبه المکاتب]

المقصد الثالث فی أحكام المكاتب فی الوصایا، و فیه مسائل:

الاولی:

لا تصح الوصیه التملیکیه برقبه المکاتب و إن كان مشروطا و عجز و رد فی الرق بعد الوصیه التی قد عرفت فسادها كما لا یصح بیعه و لا- نقله بسائر النواقل و لو ممن ینعتق علیه و إن استشكل فیه الفاضل فی القواعد باعتبار كونه كتعجیل عتقه، لكن فیه أنه موقوف علی الانتقال المتوقف علی جواز النقل بخلاف تعجیل العتق بالإعتاق. نعم لو أضاف الوصیه به إلی عوده فی الرق جاز و یكون من الوصیه العهدیه أو التملیكیه بناء علی مشروعیه التعلیق فیها بغیر الموت كما لو قال: إن عجز و فسخت كتابته فقد أوصیت لك به.

و فی المسالك «ثم إن عجز فأراد الوارث انتظاره فللموصی له تعجیزه لیأخذه، و إنما یعجزه بالرفع إلی الحاكم كما فی المجنی علیه، و یحتمل تقدیم الوارث، لأن الوصیه له مشروطه بفسخ كتابته و لم یحصل الشرط هذا إذا كانت الوصیه معلقه علی فسخ كتابته مطلقا، أما لو قیدها بكونه هو الفاسخ اعتبر فی صحتها عجزه فی حیاته، و فی التحریر جعل الإطلاق محمولا علی عجزه فی حیاته، و إنما یكتفی بما بعد موته لو صرح به، و هو غیر واضح».

و فیه أولا- أن ما ذكره احتمالا- هو الأصح لما ذكره من الوجه الأول و إن اختاره فی التحریر أیضا، بل ظاهر ما تسمعه منه فیما یأتی تقدیمه علی الوارث مع الاختلاف فی الفسخ مع العجز، إلا أنه لا یخفی علیك ما فیه من أنه لا تسلط

للموصى له على الفسخ، لعدم دخول الرقبه فى ملكه قبله، كما هو واضح.

و أما ما حكاه عن التحرير فالـذى فيه «أنه لو قال: إن عجز و رق فهو لک بعـد موتى صـحت الوصـيه إذا عجز فى حياه المولى، و إن عجز بعد موته لم يستحقه، و لو قال: إن عجز بعد موتى فهو لک كان تعليقا للوصيه على صفه توجد بعد الموت» و هو أجنبى عما ذكره، لظهور مثاله فى المفسوخه قبل الموت، بل من المحتمل إرادته بطلان الوصـيه التمليكيه المقتصر فى مشروعيتها نصا و فتوى على التعليق بالموت على وجه يكون الاستحقاق به بخلاف المعلقه على صفه توجد بعد الموت.

بل قد يكون فى عباره المتن إشـعار بذلک إذا قرئ قوله: «فسـخت» بضـمير المتكلم، بل و عباره الكركى فى حاشـيته، لأنه اقتصر على تقييد الصحه بالفسخ حال الحياه و على نقل عباره التحرير فى الفسخ بعد الوفاه، فلاحظ و تأمل.

و على كـل حـال فلاـ إشـكال بـل و لاـ خلاف فى أنه يجوز الوصـيه بمال الكتابه لإطلاق أدلتها، بل هى أولى من بيعه الـذى قد عرفت جوازه، كما أنک عرفت الكلام فيه لو عجز بعد ذلک.

و فى المسالک هنا «فإن أداها- أى النجوم- فهى للموصـى له، و إن عجز فللوارث تعجيزه و فسخ الكتابه و إن أنظره الموصى له، و هل يملک الموصى له إبراءه من النجوم؟ وجهان، أجودهما ذلک، لأنه يملک الاستيفاء فيملک الإبراء، و وجه العدم أنه ملكه استيفاء النجوم و لم يملكه تفويت الرقبه على الورثه».

قلت: لا يخفى عليک ما فى الوجه الأخير، ضروره اقتضاء الوصيه ملكيه المال الذى فى ذمه العبد، بل قد عرفت فى مسأله بيع مال الكتابه احتمال الانعتاق بـذلک، و احتمال عدم التسـلط على فسخ الكتابه لا ممن انتقل إليه المال، لعدم كون العقد معه، و لا من غيره، لظهور الأدله فى ثبوت الخيار له إذا كان المال له و يؤخره عن أجله كما سمعته سابقا، و لا يخلو من قوه.

و احتمـل الفاضـل فى القواعـد كون التعجيز إلى الموصـى له، قال: «و التعجيز إلى الورثه، لأن الحق ثبت لهم بتعجيزهم، و يصـير عبدا لهم، و يحتمل إلى الموصى

له، لتسلطه على العتق بالإبراء، و لأنه حق له، فله الصبر به» و هو غير ما ذكرناه من الاحتمالين.

و لو جمع بين الوصيتين لواحد أو لاثنين جاز بلا خلاف و لا إشكال بأن يقول: «مال الكتابه لزيد بعد موتى، و إن عجز و فسخت فرقبته له بعد موتى أو لعمرو» لكن إن أدى المال بطلت الثانيه، و إن استرق بطلت الأولى، لكن إن كان قد قبض منه شيئا فهو له، و في التحرير لو اختلف الموصى له بالرقبه و الموصى له بالمال في فسخ الكتابه عند العجز قدم قول صاحب الرقبه، و كذا إن اختلف صاحب الرقبه و الوارث، و فيه ما عرفته سابقا، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو كاتبه مكاتبه فاسده ثم أوصى به جاز]

المسأله الثانيه:

لو كاتبه مكاتبه فاسده ثم أوصى به جاز لما عرفته من عدم ترتب أثر على الفاسده عندنا، خلافا لبعض العامه. و حينئذ ف لو أوصى له بما في ذمته لم يصح لعدم شي ء له في ذمته بعد فرض فساد الكتابه، و لا فرق في ذلك كله بين العلم بالفساد و الجهل به، كما سمعته في نظائره، و تخيله عدم التأثير للوصيه بالرقبه مع جهله بالفساد فتكون وصيته بالمحال كما عن بعض العامه لا ينافي الترتب الشرعي المنوط بسببه المفروض حصوله بإطلاق الأدله و لذا نسبه في المسالك إلى ظاهر إطلاق المصنف و الأصحاب بل صريح بعضهم كالشيخ في المبسوط.

نعم لو قال: فان قبضت منه شيئا فقد أوصيت لك به صح إذا كان المقبوض من كسب العبد الذي هو باق على ملك السيد الموصى بعد فرض فساد الكتابه، فالوصيه له حينئذ بما يقبضه منه وصيه في الحقيقه بكسب العبد لا بمال الكتابه، أما لو صرح بالوصيه بما يقبضه من مال الكتابه ففي المسالك لم يصح،

كما لو أوصى بمال كتابته من دون القبض، و لكن إطلاقه لا يخلو من بحث، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه صح]

المسأله الثالثه:

إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه صح و خرج من الثلث، و المدار فيها على المفهوم من لفظ الوصيه و لو بالقرينه، كما في نظائره، فإن قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه أو أكثر ما عليه فهى وصيه بالنصف و زياده تتحقق بها الأكثريه عرفا و حيث كانت أفرادا متعدده ف للورثه المشيئه في تعيين الزياده و إن كانت هى وصيه أيضا مفوضه إليهم لا ابتداء عطيه منهم.

و هل يعتبر في الزياده عن النصف أن تكون متموله أم يكفى التمول بانضمامها إلى النصف؟ ففى المسالك «وجهان، أظهرهما الثانى، لأن التمول إنما يعتبر في الوصيه و غيرها مع الانفراد، أما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع، و إلا لزم عدم صحه الجميع، لأن أجزائه تبلغ حدا لا يتمول، و الوصيه هنا بمجموع النصف و الزياده لا بالزياده وحدها» و فيه أن العرف لا يفرق في اعتبار التمول بين الأمرين، و الله العالم.

و لو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقى عليه و مثله فهو وصيه ب جميع ما عليه و زياده، لأن ما يزيد على النصف نصف الوصيه، فيكون محلها زائدا على مجموع المال و من هنا بطلت الوصيه في الزائد لعدم المحل لها حينئذ، و كذا لو قال: «ضعوا أكثر مما عليه أو ما عليه و أكثر» و نحو ذلك، و لو قال: «ضعوا عنه أكثر ما عليه و نصفه» وضع عنه ثلاثه أرباع ما عليه و زياده شى ء، بل في المسالك «لا يعتبر فيه أن يتمول و يقبل التنصيف إلى ما يتمول إلا على الاحتمال السابق، و أما توهم اعتبار تمول الزياده دون نصفها بناء على أن ما

يتمول يصح أن يقال له نصف معتد به و إن لم يتمول، بخلاف نصف ما لا يتمول فهو فاسد، لما ذكرنا من الوصيه بالمجموع لا بالزياده منفرده، سواء نصفها أم لا» و إن كان فيه ما لا يخفى من منافاه العرف لما ذكره.

و لو قال: ضعوا عنه ما شاء أو ما شاء من مال الكتابه فإن شاء و أبقى شيئا و لو قل، بل فى كشف اللثام و إن لم يتمول صح بلا إشكال و لا- خلاف و إن شاء الجميع قيل و القائل الشيخ فى المحكى من المبسوط لم يصح أما فى الثانى فظاهر، لأن «من» للتبعيض و أما فى الأول فلأن فيه «من» مقدره، فهى كالموجوده، و إلا لقال: «ضعوا عنه النجوم» و حينئذ فلا بد أن يبقى منه شى ء بقرينه حال اللفظ بل لو قلنا بعدم تعين «من» للتبعيض خصوصا المقدره لترددها بينه و بين التبيين أمكن أن نقول: إن البعض معلوم على التقديرين، و الجميع مشكوك فيه، لقيام الاحتمال، فيرجع إلى معنى التبعيض و إن لم نحمل عليه بالخصوص، و لو دلت القرينه على إراده التبيين أو إراده الجميع من غير اعتبار من عمل بها.

و ربما احتمل وجودها فى الصوره الأولى على إراده ما يتناول الجميع، لكن ظاهر المصنف خلافه، لقوله: «بقرينه حال اللفظ» المحتمل لإراده الافتقار إلى تقدير «من» التى لا يتيقن من معناها إلا التبعيض، و لإراده حال التركيب الذى أشرنا إليه من أنه لو أريد الجميع لقال: «ضعوا عنه النجوم» و إن نوقش فى الأخير بالفرق بين الإرادتين فإنه فى الأولى جعل المشيئه إليه فى إراده البعض الجميع، و هذا الفرض لا- يتأدى بقوله: «ضعوا عنه النجوم» الذى مدلوله وضع الجميع خاصه لا- جعل المشيئه إليه، و الأغراض تتفاوت فى ذلك، و لعله لذا كان خيره الفاضل فى القواعد و شرحها للاصبهانى تناول الجميع فيه دون المذكور فيه لفظ «من».

و يمكن أن يريد بحال اللفظ دعوى الفهم عرفا من أمثاله عدم إراده الجميع و ان كان هو مقتضاه لغه خصوصا فى المجرد من لفظ «من» و لعل هذا هو الأولى،

بل هو المدار فى كثير من الأمثله التى لا فائده فى التعرض لها و إن ذكر جمله منها فى القواعد و غيرها، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا قال ضعوا عنه أوسط نجومه فان كان فيها أوسط عددا أو قدرا انصرف إليه]

المسأله الرابعه:

إذا قال: «ضعوا عنه أوسط نجومه» فان كان فيها أوسط عددا خاصه كما إذا كانت ثلاثه نجوم مثلا كل نجم دينار فى شهر أو قدرا خاصه كما إذا كانت أربعه نجوم مثلا اثنان منها دينار إلى شهر، و الثالث ثلاثه إلى شهر، و الرابع أربعه كذلك، فان الثالث هو الأوسط فى المقدار، لأنه فوق ما دونه مطلقا و دون ما فوقه كذلك انصرف إليه بلا خلاف و لا إشكال، بل أو أجلا خاصه، كما إذا كانت أربعه مثلا، اثنان منها دينار كل واحد إلى شهر، و الثالث دينار إلى ثلاثه، و الرابع دينار إلى أربعه مثلا، فان الثالث هو الوسط فى الأجل على حسب ما سمعته فى القدر، إذ الوسط كما يطلق على المحفوف بمتساويين يطلق على المتوسط بين الناقص و الزائد فى المقدار مالا أو أجلا.

لكن ظاهر الشهيد الأول فى شرح الإرشاد أنه على كل حال متواطئ قال:

«مقدمه: إذا أوصى بلفظ متواطئ مضاف إلى معين و لم يوجد إلا واحد من أفراد معناه تعين ذلك الواحد، و إن تعدد تخير الوارث عند الشيخ، و قال القاضى بالقرعه إذا عرفت ذلك فالأوسط لفظ موضوع للشى ء بين الشيئين، و البينيه قد تكون مكانيه أو زمانيه و زياده و نقيصه» إلى آخر ما ذكره من أمثله المسأله.

و نحوه الكركى فى حاشيته، فإنه بعد أن ذكر ما ذكرناه من الأمثله قال:

«فإذا وجد الأوسط بأحد الاعتبارات تعين، و لو كان بجميعها، فأولى، و إن حصل التعدد كأربعه ثالثها أوسط فى القدر و ثانيها فى الأجل تخير الوارث فى التعيين، لأن متعلق الوصيه متواطئ، فالتعيين فيه إلى الوارث على الأصح» لكن فى المسالك «الأوسط لفظ متواطئ، و يراد به الشى ء بين الشيئين على السواء، و البينيه

قد تكون بالزمان، كوسط النهار المتوسط بين طرفيه، و بالمقدار بسبب زيادته و نقصانه كالإثنين المتوسطين بين الواحد و الثلثه، و المقدار هنا قد يكون فى مال النجوم و قد يكون فى الآجال، و النجم لفظ مشترك فى هذا الباب بين أجل مال الكتابه و نفس المال المفروض فى الأجل كما بيناه سابقا، و قد تقدم فى الوصايا أنه إذا أوصى بلفظ يقع على شيئين فصاعدا سواء كان مشتركا أم متواطئا و وجد فى مال الموصى منها أفراد متعدده يتخير الوارث فى تعيين أيها شاء، و أن فيها قولا ضعيفا بالقرعه، و هذه المسأله من جزئيات تلك المسأله».

و لا يخفى عليك ما فى دعوى تخيير الوارث فى اللفظ المشترك الذى لم يرد به عموم الاشتراك الذى هو مجاز لا يصار إليه إلا بقرينه، و ليس منها إطلاقه مجردا عنها كما هو محرر فى محله، و دعوى رجوع حق التعيين للوارث قد عرفت فسادها فى كتاب الطلاق.

و كذا لا يخفى عليك ما فى دعوى كون لفظ الوسط متواطئا بالنسبه إلى الأفراد المزبوره، نعم لا إشكال فى تنزيل الوصيه على ما كان موجودا من الثلاثه فى خصوص تلك الوصيه للقرينه، و كذا إذا اجتمعت الثلاثه فى واحد منها أو الاثنان منها، فهذه صور خمسه أو سبعه لا إشكال فيها.

إنما الكلام فى صوره اجتماعها فى متعدد بمعنى فرض الوسط فى المقدار بالمال فى ثانيها و العدد فى ثالثها أو الأجل من غير فرق بين اجتماع الاثنين منها فى مقابله الواحد و بين مقابله الواحد بالواحد، فان تعدد اعتبارات الوسط فى بعضها لا يصلح للترجيح على آخر، و ظاهرهم هنا بل صريح جماعه تخيير الوارث. و إليه أشار المصنف بقوله و إن اجتمع الأمران كان الورثه بالخيار فى أيهما شاء بناء على أنه من المتواطئ.

و قيل: تستعمل القرعه، و هو حسن بل متعين بناء على أنه مشترك، ضروره أنه لا معنى للتخيير مع إجمال المراد، إلا أن يراد منه مصداق على عموم الاشتراك، فيكون حينئذ من المتواطئ، كما هو واضح.

ثم إن ظاهر غايه المراد و المسالک کون المراد بالمثال المفروض فی المتن و نحوه نجما واحدا متوسطا، و من هنا لو کانت النجوم خمسه مثلا- متساویه بالمقدار و الأجل کان الوسط فیها الخامس دون الثلاثه المتوسطه و إن حفت أیضا بمتساویین، لأن الوصیه بنجم واحد فلا یصار إلی المتعدد مع إمکان المتحد المطابق للوصیه، و لو فرض إرادته ما هو أعم من الواحد بأن یرید ما صدق علیه الوسط مطلقا کان من باب المتعدد، فیتخیر الوارث، و کذا الکلام فی نظائر المقام.

قلت: قد یقال: إن العمده فی ذلک العرف القاضی بکون الوسط فی الخمسه الخامس المحفوف من الطرفین بالأربعه، و کذا السبعه و التسعه و أمثالها، بل لعل صدق الوسط علی غیره إضافی نحو ما تسمعه فی صوره تعذر الأوسط حقیقه التی ذکر المصنف حکمها، لأن المراد نجم واحد إذ الأوسط یصدق علی المتحد و المتعدد، و الله العالم.

و کیف کان ف ان لم یکن أوسط لا- قدرا و لا- عددا و لا أجلا جمع بین نجمین، لتحقق الأوسط، فیؤخذ من الأربعه الثانی و الثالث، و من السته الثالث و الرابع لصدق الحف بمتساویین علیهما، و إن کان فی انصراف الوسط إلی مثل ذلک نظر بل منع، نعم لا یبعد ذلک بعد تعذر الحقیقه، و هل یؤخذ منهما واحد خاصه بتخیر الوارث أو یؤخذ الاثنان، لأن مجموعهما هو الأوسط؟

وجهان، و ظاهر الأصحاب القطع بالثانی، و هو مؤید لما ذکرناه من عدم فهمهم الواحد من الأوسط.

و من ذلک یعلم ما فی مناقشه ثانی الشهیدین، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب القطع بذلک قال: «و فیه نظر، لأنهم إذا سلموا أن الإطلاق محمول علی الواحد، و الانتقال إلی المجاز لتعذر الحقیقه، فالمجاز متعدد بالاعتبارین، لأن أحدهما مجاز فی الوسط باعتبار أنه بعض أجزائه حقیقه فی الواحد، و الاثنان حقیقه فی الأوسط مجاز بعید فی الواحد، فالحمل علیه لیس أولی من الآخر إن لم یکن المرجح فی ذلک الجانب، لظهور مجازیته فی الاستعمال» إذ قد عرفت أنهم

لم يسلموا ذلك فی الإطلاق و إنما حملوا اللفظ علی الواحد باعتبار الفهم عرفا كون الواحد فی الخمسه مثلا هو الوسط، لا أن المراد بالوسط المفروض فی المثال الواحد، و لو لم يكن للنجوم وسط أصلا- كما لو كانت اثنين خاصه- بطلت الوصيه، لفقد الموصی به حقيقه، و لا انصراف إلی مجاز بخصوصه بعد تعذرها كما فی المثال السابق، لكن فی المسالك فی الفرض قال: «و فی بطلان الوصيه لفقد الموصی به أو الحمل علی واحد التفاتا إلی المجاز و بابه المتسع نظر» و لا يخفی عليك ما فيه، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أعتق مكاتبه فی مرضه أو أبرأه من مال الكتابه فإن بری ء فقد لزم العتق و الإبراء]

المسأله الخامسه:

إذا أعتق مكاتبه فی مرضه أو أبرأه من مال الكتابه فإن بری ء فقد لزم العتق و الإبراء بلا خلاف و لا إشكال و إن مات خرج من ثلثه علی ما هو الأصح من أن منجزات المريض منه. و فيه قول آخر أنه من أصل التركه قد عرفت الحال فيه فی محله.

و حينئذ فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته و مال الكتابه مع اختلافهما أو أحدهما مع التساوی عتق بلا إشكال أيضا و إن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل لأن ملك السيد إنما يستقر علی الأقل منهما، فان كانت النجوم أقل فالكتابه لازمه من جهته، و قد ضعف ملكه فی المكاتب، فليس له إلا المطالبه بالنجوم التی صارت عوضا، و إن كانت القيمه أقل فهی التی تخرج عن ملكه و العبد معرض لإسقاط النجوم بتعجيزه نفسه علی قول أو بعجزه علی آخر.

و حينئذ فإن كان له سوی المكاتب مأتان مثلا و كانت القيمه مأه و خمسين مثلا و النجوم مأه اعتبرت النجوم، و حكم بنفوذ العتق، و لو انعكس الأمر اعتبرت القيمه، و حكم بنفوذ العتق أيضا، و إن لم يخرج واحد منهما من الثلث بأن كان يملك سوی

المکاتب خمسین ضم أقلهما إلی الخمسین و أنفذ العتق فی ثلثهما من العبد، فإذا کانت القیمه مأه و خمسین و النجوم مأه ضممنا النجوم إلی الخمسین و نفذنا العتق فی ثلثهما، و هو نصف العبد، و ذلک لأن ثلث العبد قد عتق بالتنجیز و بقی ثلثاه للورثه فی مقابله ثلثی مال الکتابه الذی علم ضرر الوارث بها، فإذا وصل منه ثلث الخمسین الذی هو نصف ثلث المأه انعتق من العبد نصف ثلثه، فإذا ضم إلی الثلث کان نصفا، لأنه ثلث و نصف، و حینئذ تبقی الکتابه فی نصفه الآخر بنصف النجوم، فإذا أداه إلی الورثه عتق و إن عجز فلهم رد ما بقی بهم فی الرق.

و إن کان یملک سوی المکاتب مأه و القیمه و النجوم علی الحال السابق عتق ثلثاه، و ذلک لأن ثلثه من المال یقابل ثلث ما للوارث من ثلثی مال الکتابه، فیعتق من العبد ثلثاه و تبقی الکتابه فی ثلثه بثلث مال الکتابه و إن کانت القیمه مأه و النجوم مأه و خمسین فکذا یعتق ثلثاه، و تبقی الکتابه فی ثلثه بثلث مالها، و هو خمسون.

و إلی ذلک کله أشار المصنف کغیره بقوله فان خرج الأقل من الثلث عتق و الغی الأکثر و إن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما یحتمله الثلث و بطلت الوصیه فی الزائد و یسعی فی باقی الکتابه التی قد فرضنا بقاءها، لا القیمه و إن احتمل، لأنه لا یقصر عن مرتبه القن الذی أعتق و قصر الثلث عن قیمته، إلا أنه کما تری لا یخرج عن القیاس، نعم لو فسخ الکتابه کان حکمه کذلک و إلا فما دام مکاتبا لا ینعتق إلا بأداء مال الکتابه.

و إن عجز کان للورثه أن یسترقوا منه بقدر ما بقی علیه لا- جمیعه و إن کان مشروطا، لما عرفته سابقا فی المکاتب المشروط الذی انتقل إلی ورثه متعددین و قد أدی قسط بعضهم إلیه و لو باذن الباقین.

و من ذلک یعلم فساد ما احتمل من الفرق فی المسأله بین العتق و الإبراء فی المشروط، فیبطل الثانی و لا ینعتق منه شی ء مع قصور الثلث عن مال الکتابه، لأن هذا الإبراء یکون کالإبراء من البعض الذی لا یفید شیئا من العتق للمشروط، فإنه

رق ما بقى عليه درهم، إذ قد عرفت أن ذلك كذلك إذا بقى مال الكتابه لواحد، لا ما إذا صار لمتعددين منهم المنجز الذى قد وصل إليه حقه تماما فيعتق فى مقابله كالوارث.

هذا و لكن فى المسالك «هو يتم- أى أصل الحكم فى المسأله- بلا إشكال على القول بجواز الكتابه من جهه المكاتب، ليكون مال الكتابه غير مستقر، أما على القول بلزومها فلا يخلو اعتباره من إشكال إلا أن يتحقق العجز بالفعل، و أيضا فإنه إذا أدى الخمسين فى المثال زاد مال المولى، لأنه ثبت هذا المال بعقده و ورث منه، فينبغى أن يزيد ما يعتقه منه، فيدخلها الدور، و تستخرج حينئذ بالجبر كنظاهرها».

و فيه أن لزومها لا ينافى مراعاته بعدم العجز الذى به يكون المال غير مستقر أيضا، كما أنه لا ينافيه صيروره المسأله دوريه فى الفرض المزبور الذى ستعرف صحته فى المسأله الأخيره، نعم قد يقال إن لم يكن إجماع فى المسأله إنه يقوم العبد مكاتبا محتملا للعجز و عدمه كالمريض و نحوه، و يخرج حينئذ من الثلث، لأنه لو لم يعتقه أو يبرأه لانتقل إليهم مكاتبا، فيكون ذلك هو الذى فوته عليهم، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا أوصى بعتق المكاتب أو أعتقه فمات يعتق ثلثه معجلا]

المسأله السادسه:

إذا أوصى بعتق المكاتب أو أعتقه فمات و ليس له سواه و لم يحل مال الكتابه يعتق ثلثه معجلا عندنا، لوجوب المبادره إلى تنفيذ الوصيه و حينئذ ف لا- ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابه خلافا لبعض الشافعيه، فاعتبر فى عتق الثلث وصول الثلثين إلى الوارث، لأن نفوذ الوصيه مشروط بكون ضعفها فى يد الوارث، و لما لم يرجع هنا إليه ثلثا العبد و لا مقداره من المال لم يحكم بنفوذ العتق فى الثلث، و هو واضح الضعف. و ذلك لأنه قد انتقل إليهم ثلثا المكاتب فى مقابل الثلث و إن كان انتقاله إليه على وجه إن أدى حصل ل هم أى الورثه ثلثا المال و إن عجز استرقوا ثلثيه استرقاق مكاتبه و حينئذ ف يبقى ثلثاه مكاتبا يتحرر عند أداء ما عليه كما هو واضح و منعه من التصرف فيه قبل استقرار أحد الأمرين مع نفوذ الوصيه بغير مانع لا ينافى صدق وصول الضعف إلى الوارث، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا كاتب المريض عبده اعتبر من الثلث]

المسأله السابعه:

إذا كـاتب المريض عبـده اعتبر من الثلث و إن كان عقـدها عقـد معاوضه ماليه لأنها إما بيع العبـد من نفسه بثمن أو عتق بعوض، فالعوض حاصل على التقـديرين، و هو واصل إلى الورثه فى مقابله العبد، فإذا كان بقدر قيمته أو أزيد انتفى التبرع، لكنها معامله على ماله بماله فجرت حينئذ أى المكاتبه مجرى الهبه بخلاف المعاوضه مع الغير بثمن المثل التى ليس فيها تفويت مال بل تبديل مال بمال و المعتبر فى نظر العقلاء غالبا أصل الماليه دون خصوصيه العين. نعم فيه قول آخر أنه أى عقد المكاتبه من أصل المال بناء على القول بأن المنجزات من الأصل لا أنه منه و إن قلنا بأن المنجز من الثلث، مع احتماله لأنه لولاه لم يحصل الكسب الـذى يمكن حصوله له باحتساب زكاه و نحوها مما لا يحصل للوارث لولا المكاتبه التى لا يلزمها حصول كسب للعبـد يحصل للوارث على كـل حال، بل الغالب على خلافه، و لا أقل من الخروج بـذلك عن اسم التبرع أو الشك فيه، فيبقى على ما يقتضـيه القواعد من الخروج عن الأصل، و الله العالم.

و على كـل حـال فعلى الأول فإن خرج المكاتب من الثلث نفـذت الكتابه فيه أجمع، و ينعتق عنـد أداء المال فان لم يكن سواه و أدى النجوم فى حيـاه المولى و كـان قـد كـاتبه على مثلى قيمته عتق كله أيضـا، لأنه يبقى للورثه مثلاه، فان كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه، لأنه إذا أخـذ مأه فالجمله مأتان، فينفذ التبرع فى ثلث المأتين، و هو ثلثا المأه، و لو كاتبه على مثل قيمته و قبض منه نصف النجوم نفذ الكتابه فى نصفه.

و إن لم يـؤد شـيئا فى حيـاه المـولى و لم يجز الوارث صـحت فى ثلثه و بطلت فى البـاقى (۱۱) فـإن أدى عتق الثلث، و هـل يراد حينئذ فى الكتابه بقدر نصف ما أدى و هو

سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمه؟ فيه فى المسالك وجهان كما فى المسأله السابقه، و وجه العدم أن الكتابه قد بطلت فى الثلثين فلا تعود، و هذا هو الذى جزم به المصنف و الجماعه.

و فيه (أولا) أن المسأله السابقه قد جزم فيها بالزياده. و (ثانيا) أن الحكم بالبطلان هنا مراعى بعدم حصول مال للميت و لو بما تصيده شبكته التى نصبها فى حياته بناء على ما يحصل فيها بعد موته له، و لا ريب فى أن المقام أولى من ذلك، ضروره انتقال ما قابل الثلث من مال الكتابه منه إلى الوارث، فهو حينئذ من تركته تتعلق به وصاياه و منجزاته كغيره من مال الكتابه، فالمتجه حينئذ فى المقام الزياده كما هو واضح، و تكون المسأله دوريه تحتاج إلى الاستخراج بالجبر و المقابله على حسب ما سمعته فى نظائرها من مسائل العتق.

ثم لا يخفى عليك أنه قد بان لك فى المباحث السابقه جواز عتق السيد المكاتب، لأنه باق على ملكه، إنما الكلام فى عتقه بالعوارض كالجذام و العمى و الإقعاد و التنكيل؟ الظاهر ذلك لإطلاق الأدله، لكن فى الدروس عندى فيه نظر ينشأ من تشبثه بالحريه، فلا يدخل تحت لفظ المملوك، و من بقاء حقيقه الرقيه، و من ثم لو أسلم فى دار الحرب قبل مولاه عتق، و لا يخفى عليك ما فى الوجه الأول، و الله العالم. هذا كله فى التدبير و الكتابه.

[كتاب الاستيلاد]

[الأول فى كيفيه الاستيلاد]

و أما الاستيلاد فيستدعى بيان أمرين:

الأول:

فی کیفیه الاستیلاد الذی هو عنوان لجمله أحکام شرعیه مخالفه للأصول و القواعد، کعدم جواز نقلها و انعتاقها من نصیب ولدها و غیر ذلک من أحکامها التی ستعرف بعضها و تقدم فی الکتب السالفه بعض آخر.

و کیف کان ففی المتن هو یتحقق بعلوق أمته منه فی ملکه و فی القواعد «و هو یثبت بوطء أمته و حبلها منه- ثم قال-: و إنما یثبت حکم الاستیلاد بأمور ثلاثه: (الأول) أن تعلق منه بحر، و إنما تعلق بمملوک من مولاها فی موضعین: أن یکون الواطی عبدا قد ملکه مولاه الموطوءه و قلنا إنه یملک بالتملیک و أن یکون الواطئ مکاتبا اشتری جاریه للتجاره، فإن الجاریه مملوکته، و لا یثبت حکم الاستیلاد فی الأول، و أما الثانی فإن عجز استرق المولی الجمیع، و إن عتق صارت أم ولد، و لیس للمکاتب بیعها قبل عجزه و عتقه، (الثانی) أن تعلق منه فی ملکه إما بوطء مباح أو محرم کالوطء فی الحیض و النفاس و الصوم و الإحرام و الظهار و الإیلاء، و لو علقت فی غیر ملکه لم تکن أم ولد، سواء علقت بمملوک کالزنا و العقد مع اشتراط الولد، أو بحر کالمغرور و المشتری إذا ظهر الاستحقاق، (الثالث) أن تضع ما یظهر أنه حمل و لو علقه، أما النطفه فالأقرب عدم الاعتداد بها» و ستسمع فی کلام المصنف الإشاره إلی بعض ذلک.

و فی الإیضاح «کل مملوکه علقت من مالک حر حین ملکه بحر یلحق به شرعا فهی أم ولد له حقیقه شرعیه».

و فی الدروس «هی من حملت من مولاها بحر فی ملکه» إلی غیر ذلک من کلماتهم، إلا أنی لم أجد فی شی ء مما وصل إلی من النصوص التعرض لبیان تمام

موضوعها إلا ما تسمعه من خبر ابن مارد (۱)

فالمتجه عدم لحوق حکم الاستیلاد فی محال الشک.

و علی کل حال ف لو أولـد أمه غیره ولدا مملوکا للزنا أو للعقد المشترط فیه علیه ذلک بناء علی صـحته أو لغیر ذلک ثم ملکها لم تصر أم ولد ل- ه و إن ملکها بعد ذلک عندنا و عند جماعه فی المبسوط للأصل و غیره سواء ملکها حاملا أو بعد ولادتها.

و لو أولـدها ولـدا حرا تابعا له لشـبهه أو لعـدم اشتراط الرقیه أو لغیر ذلک ثم ملکها قال الشـیخ فی المبسوط تصـیر أم ولده علی الأقوی للصـدق، بل فی الخلاف صـیرورتها أم ولـد فی الأول إذا ملکها و ملک ولـدها بعد ذلک، بل لعله ظاهر ابن حمزه أیضـا للصـدق، إلا أن المشـهور بینهم شـهره عظیمه خلاف ذلک للأصل بعـد انسـیاق غیر الفرض من الإطلاق الـذی لا عموم فیه و لم یسق لبیان الموضوع و خصوص ما فی روایه ابن مارد (۱۱) (۲) عن أبی عبد الله علیه السلام المنجبره بما سمعت من أنها لا تصیر أم ولد (۱۲) ل- ه (۱۳)

قال: «فی رجل یتزوج أمه فتلـد منه أولادا ثم یشتریها فتمکث عنده ما شاء الله لم تلد منه شـیئا بعد ما ملکها، ثم یبدو له فی بیعها، قال: هی أمته إن شاء باع ما لم یحدث عنده حمل بعد ذلک، و إن شاء أعتق»

بل ظاهرها مع حریه الولد فضلا عن رقیته.

نعم لا فرق فی صیروره أمته التی علقت منه أم ولد بین کونه علی وجه محلل أو محرم بحیض أو نفاس أو إحرام أو ظهار أو نحو ذلک، بل فی القواعـد «لو زوج أمته ثم وطأها فعل محرما، فان علقت منه فالولـد حر، و یثبت للام حکم الاستیلاد» بل فیها أیضـا «لو ملـک امه أو أخته أو بنته من الرضـاع انعتق علی الأصـح، و قیـل لاـ ینعتقن، فلو وطأ إحـداهن فعل حراما، و یثبت لهن حکم الاستیلاد» و نحوه عن المبسوط، و لعله لصدق أم الولد و إن کان لا یخلو من نظر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الاستیلاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الاستیلاد الحدیث ۱.

أو منع مع العلم بـالتحريم، لنفى الولـد عنه شـرعا و لثبوت الحـد عليه، و من هنـا مال فى الـدروس إلى العـدم، بل عنه و عن غيره القطع بالعدم. و ربما يشـهد له- مضافا إلى ما ذكرنا- ما سـمعته من خبر ابن مارد، ضـروره عدم صدق حدوث الحمل عنده على المزوجه.

بـل قـد يقـال: إن المسـتفاد من الأـدله أن يملـك وطءهـا و إن حرم عليه بالعـارض لحيض أو نفاس بخلاف المزوجه و البنت و الأخت، فإنه لا يملك وطءهن و إن ملكهن حتى الأولى التى ملك بضعها غيره بالعقد.

و لو اشترى مزوجه الأمه فأتت بولـد يمكن تجـدده بعـد الشـراء و قبله ففى القواعـد «قـدمت أصاله عـدم الحمل على أصاله عدم الاستيلاد أما لو نفاه فإنه ينتفى الاستيلاد قطعا، و فى افتقار نفى الولد إلى اللعان إشكال» و لعله من أنه ولد مملوكته المحكوم هنا بتأخر حملها، و من أنه ولـد من كانت زوجته، و الأصل بقاء الفراش مع قوه فراش العقـد الـدائم، و لحوق النسب و عـدم الاكتفاء بالاحتمال فى نفسه.

قلت: قـد تقـدم فى اللعـان ما يسـتفاد منه تحقيق ذلك، فلاحظ و تأمل، كما أنه تقـدم فى المباحث السابقه ما يسـتفاد منه تحقيق ذلـك، فلاحـظ و تأمـل، كمـا أنه تقـدم فى المباحث السابقه ما يسـتفاد منه عـدم ثبوت مثل موضوع أم الولـد بأصاله عـدم تأخر الحمل.

و لو وطأ المرهونه فحملت دخلت فى حكم أمهات الأولاد و لو من غير إذن المرتهن بلا خلاف و لا إشكال.

إنمـا الكلاـم فى جريان حكم الاستيلاد بالنسـبه إلى المرتهن، فيجب على الراهن وضع رهن غيره أو الوفاء، و عـدمه، لتقـدم حقه على الاستيلاد، أو التفصـيل بين الموسـر و المعسـر، فيجب على الأول الإبدال أو الوفاء دون الثانى كما عن الخلاف، و فى قواعد الفاضـل «هو الأـقرب» و عن المبسوط و السـرائر «أنه لاـ يبطـل الرهن مطلقـا لتـأخر الاستيلاـد عنه» و عن غيرهمـا بطلاـنه لا مطلقا لإطلاق النهى (۱)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الاستيلاد الحديث ۱.

عن بيع أمهات الأولاد، و عن ثالث التفصيل بين الوطء باذن المرتهن فيبطل و بلا إذنه فلا يبطل، و ربما احتمل عدم الخلاف فى عدم بطلان الرهن، لبقاء الملك عليها و جواز موت الولد، و إنما الخلاف فى جواز بيعها. هذا و قد تقدم الكلام فى المسأله فى كتاب الرهن (۱).

و لو أولد أمه القراض ففى القواعد «يبطل القراض فيها، و إن كان فيها ربح جعل الربح فى مال المضاربه» قلت: مع ظهور الربح و قلنا بملك العامل يتجه حينئذ أن يكون حكمها حكم الأمه المشتركه إذا أولدها أحد الشريكين، و الله العالم.

و كذا فى جميع ما ذكرنا لو وطأ الذمى مثلا أمته ف أولدها أو حملت منه، لعدم الفرق فى أمهات الأولاد بين المسلم و غيره لإطلاق الأدله و لكن لو أسلمت بيعت عليه كما عن السرائر و موضع من المبسوط قطعا لسبيله.

و قيل و القائل الشيخ أيضا فى المحكى من خلافه و موضع آخر من المبسوط يحال بينه و بينها و تجعل على يد امرأه ثقه و لا يمكن من التصرف فيها و التسلط عليها، عملا بعموم النهى عن بيعها (۲)

و عن المختلف تستسعى فى قيمتها جمعا بين الحقين.

و الأول أشبه عند المصنف و قد تقدم فى كتاب البيع (۳) ما يستفاد منه تحقيق ذلك، فلاحظ و تأمل.

و يكفى فى إجراء حكم أم الولد علوقها بما هو مبدأ انسان و لو علقه بلا خلاف أجده، بل فى الإيضاح الإجماع عليه، و فى

صحيح ابن مسلم (۴) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى جاريه لرجل و كان يأتيها فأسقطت سقطا منه بعد ثلاثه أشهر،

۱- ۱ راجع ج ۲۵ ص ۲۰۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الاستيلاد الحديث ۱.

۳- ۳ راجع ج ۲۲ ص ۳۳۴- ۳۳۸.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب الاستيلاد الحديث ۱.

قال: هی أم ولد»

و منه یعلم حینئذ أن المراد بأم الولد من حملت بما هو مبدأ نشوء ولد، و إلا فالسقط بعد ثلاثه أشهر لیس بولد قطعا، فیبطل حینئذ التصرف بها حینه، و لا ریب فی أن المضغه و العلقه کذلک بل و النطفه مع فرض بقائها فی الرحم و انعقادها ولدا، و ربما یشهد لذلک معلومیه بطلان بیع الأمه إذا واقعها سیدها و باعها بلا فصل ثم بان أنها من تلک المواقعه قد حملت.

نعم لو فرض أنها ألقتها نطفه و کان التصرف بها حال وجودها فیها اتجه حینئذ الحکم بصحه البیع، لعدم العلم بکونها نشوء آدمی، إذ لعلها فاسده، بخلاف ما لو ألقتها علقه، فإنه یعلم کونها نشوء آدمی، فیبطل التصرف بها المقارن لحال کونها نطفه.

و علی ذلک یحمل کلام الأصحاب الذی منه ما فی الدروس قال: «و لا بد مع الاشتباه من شهاده أربع من النساء ذوات الخبره بأن ذلک مبدأ خلق آدمی و لو مضغه أما النطفه فلا، خلافا للشیخ، و الفائده لیس فی استتباع الحریه، لأنها تزول بموت الولد، فکیف بعدم تمامه عندنا، بل فی إبطال التصرفات السابقه علی الوضع بالبیع و شبهه».

لکن فی الریاض بعد أن ذکر تحقق أم الولد بعلوقها بما یکون نشوء آدمی و لو مضغه قال: «و لا عبره بالنطفه وفاقا للأکثر، للأصل و عدم تسمیتها ولدا فی العرف، و هو و إن جری فی نحو المضغه علی تقدیر تسلیمه لکن تلحق بالولد بالإجماع، خلافا للنهایه فألحقها به أیضا، نظرا منه إلی بناء الاستیلاد علی التغلیب، و لذا یعتد بالعلقه و المضغه، و النطفه بعد استقرارها للصوره الإنسانیه تشبه العلقه فی الجمله، و هو کما تری».

قلت: إن کان مراده ما ذکرناه فذاک و إلا کان محلا للنظر، ضروره عدم الفرق بین النطفه و غیرها بعد تبین انعقادها و صیرورتها نشوء آدمی، فیبطل البیع حینئذ من حین وقوع النطفه فی رحمها:

هذا، و فی الریاض أیضا أن إطلاق العباره و غیرها من عبائر الجماعه کالنصوص و به صرح جمله من الأصحاب أنه لا یشترط الوطء، بل یکفی مطلق العلوق منه.

و فیه أن المنساق من إطلاق النص و الفتوی الأول الذی قد عبر به أیضا بعض، و لا أقل من الشک، و قد عرفت أن الأصل بقاء حکم القن.

و بذلک کله ظهر لک الوجه فی الأمور الثلاثه التی ذکرها الفاضل فیما حکیناه عنه من عباره القواعد، کما أنه ظهر لک فی بحث المکاتبه الحال فی المکاتب إذا وطأ أمته التی اشتراها للتجاره، فلاحظ و تأمل.

[الأمر الثانی فی الأحکام المتعلقه بأم الولد]

[المسأله الأولی أم الولد مملوکه ما دام مولاها حیا]

الأمر الثانی فی الأحکام المتعلقه بأم الولد، و فیه مسائل:

الأولی:

أم الولد مملوکه ما دام مولاها حیا بلا خلاف و لا إشکال، فیجوز له التصرف بها بغیر النقل کالوطء و الإجاره و غیرهما، و فی

صحیح زراره (۱) عن أبی جعفر علیه السلام «سألته عن أم الولد، فقال: أمه»

و فی

خبر ابن بزیع (۲)

«سألت الرضا علیه السلام عن الرجل یأخذ من أم ولده شیئا وهبه لها من غیر طیب نفسها من خدم أو متاع أ یجوز ذلک له؟ قال: نعم إذا کانت أم ولده»

إلی غیر ذلک.

بل لا تتحرر بموت المولی، بل من نصیب ولدها إن کان له نصیب، و إلا- کما لو کان غیر وارث لمانع من الموانع- بقیت علی الملک، للأصل و ظهور النصوص فی أن عتقها من نصیب ولدها، بل هو صریحها، ففی

الصحیح (۳)

١- ١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الاستيلاد الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- من أبواب الاستيلاد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد الحديث ١.

«إن كان لها ولد و ترك مالا جعلت فى نصيب ولدها»

و فى المرسل (۱) كالصحيح (۲)

«إن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه»

و نحوهما غيرهما (۳)

فلا تعتق من أصل التركه و لا من مال ولدها غير نصيبه من التركه.

بل فى الدروس «و يجوز بيعها إذا مات مولاها و الدين يستغرق تركته، إذ لا إرث، فلا نصيب لولدها الذى عتقها بعد الوفاه مستند إليه» و إن كان قد يناقش بأن الأصح انتقال التركه إلى الوارث و إن كان الدين مستغرقا، فيتجه انعتاق نصيبه منها بملكه و إن كان الدين مستغرقا، لكن قد يدفع بظهور النص (۴)

فى انعتاقها من نصيب ولدها الذى لا تعلق حق فيه، و الفرض فى المقام تعلق حق الدين بها، و إن قلنا بملك الوارث، اللهم إلا أن يكلف الولد بما يخصها من الدين، أو هى بالسعى، و هما لا دليل عليهما، بل ظاهر الأدله خلافهما فتأمل جيدا.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى ملك السيد لها لكن هى و إن كانت كذلك لا يجوز ل ه أى المولى بيعها ما دام ولدها حيا إلا فى ثمن رقبتها إذا كان دينا على المولى و لا وجه لأدائه إلا منها و كذا يجوز للوارث بيعها فيه على الوجه المزبور، و أما فى غيره من الديون بل و غير الديون من المواضع المخصوصه فقد أشبعنا الكلام فيها فى البيع (۵) بل أشبعنا الكلام فى جمله من أحكامها فيه و فى غيره من الكتب السابقه، فلا وجه لإعادته.

و منها أنه لو مات ولدها فى حياه أبيه رجعت طلقا و جاز التصرف فيها بالبيع و فى غيره من التصرفات نصا (۶)

و فتوى، بل الظاهر ذلک حتى لو خلف ولدها ولدا، لانسياق ولد الصلب من النصوص و إن قلنا: إنه ولد حقيقه، فلا يشملها حينئذ إطلاق أم الولد. و تندرج فى النصوص (۷)

المتضمنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب الاستيلاد الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد الحديث.

۵- ۵ راجع ج ۲۲ ص ۳۷۴ و ۳۷۵.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب الاستيلاد.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب الاستيلاد.

لحکم من مات ولـدها، فما عن بعض- من کونها أم ولـد بذلک- واضح الضـعف و إن قال بعض: إنه متجه لو کان وارثا لجده، لانعتاق نصـیبه منها علیه دون ما إذا لم یکن وارثا لانتفاء الملک المقتضـی للعتق، بل ربما جعل هذا التفصـیل قولا فی المسأله، و فی الدروس أنه ثالث الأوجه، و فیه أن انعتاق قدر نصـیبه منها لا یقتضـی کونها أم ولد علی وجه تلحقها أحکامها التی منها عدم جواز بیعها، و منها انعتاقها أجمع من نصیب الولد، للنص و الإجماع، لا نصیب الولد منها خاصه، کما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا مات مولاها و ولدها حی جعلت فی نصیب ولدها و عتقت علیه]

المسأله الثانیه:

إذا مات مولاها و ولدها حی جعلت فی نصیب ولدها و عتقت علیه بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه هنا، مضافا إلی المعتبره المستفیضه (۱) التی منها

خبر محمـد بن قیس (۲) عن أبی جعفر علیه السـلام قـال: «قال أمیر المؤمنین علیه السـلام: أیما رجل ترک سـریه لها ولـد أو فی بطنها ولد أو لا ولد لها فإن أعتقها ربها عتقت، و إن لم یعتقها حتی توفی فقد سـبق فیها کتاب الله، و کتاب الله أحق فإن کان لها ولـد و ترک مالا جعلت فی نصـیب ولـدها» و زاد فی الفقیه «و یمسـکها أولیاؤها حتی یکبر الولـد، فیکون هو الذی یعتقها إنشاء الله، و یکونون هم یرثون ولـدها ما دامت أمه، فان أعتقها ولدها عتقت، و إن توفی عنها ولدها و لم یعتقها فان شاؤوا أرقوا، و إن شاؤوا أعتقوا»

و غیره من النصوص التی منها علم الحکم المزبور و إن کان مخالفا للأصل لأن أقصـی ما تقتضـیه قاعده انعتاق القریب أن ینعتق علیه منها مقـدار ما یخصه منها و لا یسـری علیه لأنه عتق قهری لا اختیاری إلا أن النصوص المزبوره المعتضـده بعمل الأصـحاب دلت علی عتقها علیه أجمع و احتسابها من نصیبه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستیلاد.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستیلاد الحدیث ۱ و ۲.

نعم لو لم يكن له سواها تركه و كان له ورثه متعددون أعتق نصيب ولدها منها لقاعده القريب و سعت فى الباقى فى المشهور. لما سمعته سابقا فى كل من تحرر بعضه، و لا تقوم على ولدها إن كان له مال غيرها، لأن انعتاقها عليه قهرى، و قد عرفت فى كتاب العتق عدم السرايه، مضافا إلى ظهور نصوص (۱) المقام فى انعتاقها عليه من خصوص النصيب لا من غيره، و إلى خصوص

مقطوع يونس (۲)

«فى أم ولد- إلى أن قال-: فان كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد، و إذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها، و تستسعى فى بقيه ثمنها»

خلافا للمبسوط و الإسكافى على ما حكى عنهما، فحكما بالسرايه عليه،

للنبوى (۳)

«من ملك ذا رحم فهو حر»

و هو مع قصوره عن المعارضه لما عرفت من وجوه ظاهر فى من ملكه بأجمعه لا بعضه كما فى المقام.

و لكن فى روايه أبى بصير (۴) عن الصادق عليه السلام تقوم على ولدها إن كان موسرا

قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاها و عليه دين قومت على ابنها فان كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها، و إن مات ابنها قبل امه بيعت فى ميراث الورثه إن شاء الورثه».

و هى و إن كانت موثقه إلا أنها مهجوره لم يحك العمل بها إلا عن الشيخ فى النهايه التى هى متون أخبار، و قد رجع عنها على ما قيل فى غيرها، و فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب الاستيلاد الحديث ۳.
۳- ۳ المستدرك الباب- ۱۲- من كتاب العتق الحديث ۱.
۴- ۴ الاستبصار ج ۴ ص ۱۴ الرقم ۴۱.

الـدروس عن الشـيخ حمل الدين فيها على ثمنها، و أنه لو مات قبل البلوغ قضـى منها الدين، ثم حكى عن ابن حمزه إلحاق غيره من الديون به عملا بإطلاق الروايه.

و على كل حال فالروايه غير نقيه الدلاله على المطلوب، ضروره كونها في الدين نحو

خبره الآخر (۱)

«أى رجل اشترى جاريه فولـدت منه ولـدا فمات إن شاء أن يبيعها في الـدين الـذى يكون على مولاها من ثمنها باعها، و إن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، و إن كان ابنها صغيرا انتظر حتى يكبر، ثم يجبر على ثمنها، و إن مات ابنها قبل امه بيعت في ميراثه إن شاء الورثه»

و خبره الثالث (۲) عنه عليه السـلام أيضـا «في رجـل اشترى جـاريه يطأها فولـدت له فمات، قال: إن شاؤوا أن يبيعوها باعوها في الـدين الـذى يكون على مولاها من ثمنها، و إن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه، و إن كان ولدها صـغيرا انتظر به حتى يكبر».

اللهم إلا أن يكون وجه الاسـتدلال بها أنه إذا قومت عليه في الدين تقوم عليه في غيره، ضروره كون المرجع فيهما إلى الوارث و إن أداه في الدين، لأن التركه على الأصح تنتقل إلى الوارث و إن تعلق بها حق الدين، و لعل ما في هذه النصوص (۳)

و ذيل خبر محمد بن قيس (۴)

السابق محمول على اسـتحباب انتظار الولد إذا كان على الميت دين و لا تركه سواها حتى يكبر لو كان صـغيرا، و اسـتحباب وفاء الدين للولد حتى تعتق حينئذ عليه، و حينئذ لا تكون مما نحن فيه من أنها تقوم عليه مع عدم تركه سواها، فتأمل جيدا.

و كيـف كـان فظـاهر الأصـحاب الاتفـاق على عـدم السـرايه مع الإعسـار، خلافـا للمحكى عن ابن حمزه من السـرايه عليه، و أنه يستسعى في قيمتها، و لعله قرأ المقطوع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۵ من كتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد الحديث ۴ و الباب- ۲۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۵ و الاستبصار ج ۴ ص ۱۴ الرقم ۴۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد الحديث ۲.

السابق بالياء، و الذى رأيناه بالتاء المثناه من فوق، بل فى الرياض هو كذلك فى النسخه الصحيحه المضبوطه، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا أوصى لأم ولده قيل تعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصيه]

المسأله الثالثه:

إذا أوصى لأم ولده صح بلا خلاف و لا إشكال، و لكن قيل و القائل جماعه تعتق من نصيب ولدها و تعطى الوصيه، و قيل و القائل جماعه تعتق من الوصيه، فإن فضل منها شى ء عتقت من نصيب ولدها و هو أشبه عند المصنف، و قيل كما عن الإسكافى بالتخيير بينهما، و قيل كما عن الصدوق تعتق من ثلث الميت غير ما أوصى به، و قد أشبعنا الكلام فى المسأله فى كتاب الوصايا و قلنا: إن الأقوى الأول، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجنايه برقبتها]

المسأله الرابعه:

إذا جنت أم الولد خطأ تعلقت الجنايه برقبتها كغيرها من المملوك، لإطلاق الأدله و شده الأمر فى الجنايه و للمولى فكها، و بكم يفكها؟ قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط: يفكها بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمتها، لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كان القيمه فهى بدل العين تقوم مقامها، و الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه، و المولى لا يعقل مملوكه.

و قيل و القائل الشيخ أيضا بأرش الجنايه بالغا ما بلغ، لإطلاق الأدله. و هو الأشبه عند المصنف نحو ما سمعته فى المكاتب إلا أن الأقوى خلافه كما عرفت، و إن شاء دفعها إلى المجنى عليه.

و فی روایه مسمع بن عبد الملک (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «أن أم الولد جنایتها فی حقوق الناس علی سیدها، و إن کان فی حقوق الله تعالی فی الحدود فان ذلک علی بدنها، یقاص منها للممالیک» و عمل بها الشیخ فی المحکی من دیات مبسوطه نافیا الخلاف فیه إلا من أبی ثور، فجعله فی ذمتها تتبع به بعد العتق، و ربما مال إلیه بعض من تأخر عنه، مؤیدا له ببعض الوجوه الاعتباریه و لا ریب فی ضعفه، لإطلاق أو عموم ما دل (۲)

علی تعلق الجنایه برقبه المملوک، بل یمکن حمل خبر مسمع المزبور علی أن للسید الفداء، و الله العالم.

و لو جنت علی جماعه دفعه أو متعاقبا و لم یتخلل فداء فالخیار للمولی أیضا بین فدیتها بأقل الأمرین من أرش مجموع الجنایات أو القیمه أو أرش کل جنایه بالغا ما بلغ و بین تسلیمها إلی المجنی علیهم أو ورثتهم فیسترقونها علی قدر الجنایات نحو ما سمعته فی المکاتب، و إن تخلل کان الفداء أو التسلیم لغیره.

و فی الدروس «لو جنت علی جماعه و لما یضمن السید فعلیه أقل الأمرین من قیمتها و الأرش. و إن ضمن للأول فظاهر المبسوط أنه لا ضمان علیه بعد إذا کان قد أدی قیمتها، بل یشارکه من بعده فیما أخذ» قلت: هو غریب، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۳- من أبواب القصاص فی النفس الحدیث ۱ من کتاب القصاص.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۱- من أبواب القصاص فی النفس من کتاب القصاص.

[المسأله الخامسه فی الکلام فی روایه محمد بن قیس]

المسأله الخامسه:

روی محمد بن قیس (۱) عن أبی جعفر علیه السلام

فی الموثق بل فی نهایه المرام فی الصحیح فی ولیده نصرانیه أسلمت عند رجل و ولدت منه غلاما، فمات فانعتقت و تزوجت نصرانیا و تنصرت و ولدت، فقال: ولدها لابنها من سیدها، و تحبس حتی تضع، فإذا ولدت فاقتلها، و لفظها

«قضی علی علیه السلام فی ولیده کانت نصرانیه فأسلمت عند رجل فولدت لسیدها غلاما، ثم إن سیدها مات فأصابها عتاق السرایه، فنکحت رجلا نصرانیا داریا، و هو العطار، فتنصرت، ثم ولدت ولدین و حملت آخر، فقضی فیها أن یعرض علیها الإسلام فأبت، قال: أما ما ولدت من ولد فإنه لابنها من سیدها الأول، و احبسها حتی تضع ما فی بطنها، فإذا ولدت فاقتلها».

إلا أنی لم أجد عاملا بها حتی أن الشیخ فی النهایه التی هی متون أخبار شاذه و غیرها قال یفعل بها ما یفعل بالمرتده عن مله و ما ذاک إلا لأن الروایه شاذه شذوذا لا یجوز العمل بها معه فیما هو مخالف للعمومات القاضیه بکونها کالمرتده و بقاء ولدها علی الحریه، فلا بد من قصر الخبر المزبور علی أنه قضیه فی واقعه رأی أمیر المؤمنین علیه السلام المصلحه فی قتلها و لو من حیث زناها بنصرانی أو غیر ذلک، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب الاستیلاد الحدیث ۱. و بهذه- و الحمد لله- أنهینا تعالیقنا علی الجزء ۳۴ من کتاب جواهر الکلام بجوار سید الأوصیاء أمیر المؤمنین علیه آلاف التحیه و الثناء، و أقدم شکری المتواصل إلی العلامه الأخ الشیخ محمد القوچانی لمشارکته فی إنجاز العمل، و أسأل عز و جل أن یوفقنا لإتمام هذا العمل الجبار و إلحاق الأواخر بالاوائل انه سمیع بصیر. محمود القوچانی النجف الأشرف- ۱۶- ج ۲- ۹۶.

[المسأله السادسه لا يجرى حكم الاستيلاد إلى الأولاد]

المسأله السادسه:

لا- يجرى حكم الاستيلاد إلى الأولاد للأصل و غيره، فلو تزوجت بعبد أو حر شرطت رقيه أولاده كان أولادها منه عبيدا يجوز بيعهم فى حياه المولى و بعد وفاته.

[المسأله السابعه لو ماتت أم الولد قبل أن يفديها السيد]

المسأله السابعه:

لو ماتت أم الولد قبل أن يفديها السيد لم يجب على المولى شى ء، للأصل بعد تعلق الجنايه برقبتها، و لو نقصت قيمتها و أراد الفداء ففى القواعد:

«فداها بقيمتها يوم الفداء، و لو زادت زاد الفداء، و يجب قيمتها معيبه بعيب الاستيلاد».

[المسأله الثامنه لو كسبت بعد جنايتها شيئا فهو لمولاها]

المسأله الثامنه:

لو كسبت بعد جنايتها شيئا فهو لمولاها دون المجنى عليه، نعم لو كسبت بعد الدفع فهو للمجنى عليه، فلو اختلفا قدم قول المجنى عليه، و لو أتلفها سيدها فعليه قيمتها، و كذا لو عيبها فعليه الأرش.

[المسأله التاسعه لو باعها مولاها لم یقع موقوفا]

المسأله التاسعه:

لو باعها مولاها لم یقع موقوفا بل باطلا، فلو مات الولد لم ینتقل إلی المشتری و لو کان بعد البیع بلا فصل.

[المسأله العاشره لا یبطل الاستیلاد بقتلها مولاها عمدا]

المسأله العاشره:

لا یبطل الاستیلاد بقتلها مولاها عمدا إذا عفی الورثه.

[المسأله الحادیه عشر للمولی أرش جنایه الأجنبی علیها کغیرها من ممالیکه]

الحادیه عشر:

للمولی أرش جنایه الأجنبی علیها کغیرها من ممالیکه، فان کونها أم ولد لا یخرجها عن ذلک، و له ضمان قیمتها علی من غصبها.

[المسأله الثانیه عشر لو شهد اثنان علی إقراره بالاستیلاد]

الثانیه عشر:

لو شهد اثنان علی إقراره بالاستیلاد و حکم به ثم رجعا غرما له قیمه الولد إن کذبهما فی نسبه، و لا یغرمان فی الحال قیمه الجاریه، لأنهما إنما أزالا سلطنه البیع و لا قیمه له مع احتمال ضمان الأرش للتعیب، بل و لا بعد الموت، لأنها

محسوبه على الولد، و هل يرث هذا الولد؟ إشكال فإن قلنا به فالأقرب أن للورثه تغريمهما حصته، و الله العالم.

و تم تصحيحه و تهذيبه فى اليوم العشرين من جمادى الثانيه يوم ولاده مولاتنا و سيدتنا الزهراء سلام الله عليها و على أبيها و بعلها و بنيها سنه- ۱۳۹۸- و الحمد لله أولا و آخرا و ذلک بيد العبد:

السيد إبراهيم الميانجى عفى عنه و عن والديه

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلی التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلی أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب علی تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فی طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.